

---

---

**DEUS (L)EX MACHINA:**  
**EL ROL DE LOS PRINCIPIOS DE LICITUD Y RESPONSABILIDAD PROACTIVA EN LA  
JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE EXPLICACIÓN.**

DEUS (L)EX MACHINA:  
THE ROLE OF THE PRINCIPLES OF LAWFULNESS AND ACCOUNTABILITY IN JUSTIFYING THE  
EXISTENCE AND EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EXPLANATION.

---

---

FRANCISCO ARAVENA RIVEROS

Nota: Parte de este trabajo ha sido incluido, desarrollado, actualizado, mejorado, corregido y extrapolado al estudio de la modificación de la Ley N° 19.628 (en particular, su artículo 8° bis), en la obra "Tratado de Protección de Datos Personales: Régimen de la Ley N° 19.628 tras su reforma por la Ley N° 21.719. Análisis crítico, doctrina y jurisprudencia", que puedes consultar y adquirir en [www.ley19628.cl](http://www.ley19628.cl)

## RESUMEN EJECUTIVO

En los últimos años se ha instalado un acalorado debate acerca de la existencia y efectividad del llamado “derecho de explicación”, clave en la protección de los individuos frente a los mecanismos de toma de decisiones individuales automatizadas. El debate relativo a la existencia de este derecho gira en torno a dos posturas: una que niega su existencia y otra que la defiende. Las distintas argumentaciones sostenidas por la doctrina se sustentan en interpretaciones gramaticales, históricas y, en menor medida, contextuales. Respecto a su eficacia, para algunos, este derecho es ineficaz por cuanto explicar la funcionalidad y la lógica de los sistemas automatizados de toma de decisiones es una tarea compleja y técnicamente desafiante.

**Objetivos.** El primer objetivo de este trabajo es demostrar que el derecho de explicación existe en el derecho de la Unión Europea en virtud del principio de licitud del artículo 5.1. del RGPD. El segundo objetivo es demostrar que la interpretación de las normas debe efectuarse mediante un método interpretativo basado en un enfoque cumulativo y no a través de criterios hermenéuticos aislados. Como tercer objetivo, se intentará determinar si el derecho de explicación es una herramienta adecuada en el contexto de las decisiones algorítmicas. En cuarto lugar, se intentará demostrar que, a través del principio de responsabilidad proactiva es posible crear un marco de *accountability* algorítmico que haga más efectivo el derecho de explicación.

**Motivación.** El presente trabajo se aboca al estudio de un tema de particular relevancia, a saber, la toma de decisiones automatizadas y en particular el derecho de explicación. Se trata de materias de actualidad y que han despertado un particular interés en los últimos años dada la democratización de la Inteligencia Artificial. El derecho de explicación es una prerrogativa crucial dentro del RGPD en su misión de proteger los derechos fundamentales de los individuos.

**Metodología.** La metodología empleada es la deductiva. Se introduce a la figura de la toma de decisiones algorítmica, su aplicación práctica y riesgos. Luego, se referencia la normativa aplicable. En seguida, se aborda el debate acerca de la existencia y efectividad del derecho de explicación, presentándose las diversas posturas, que se contrastan con hallazgos en fuentes doctrinales, guías y en el Derecho europeo.

**Resultados principales.** Esta investigación concluye en que el derecho de explicación existe en el RGPD de acuerdo con los criterios interpretativos comúnmente utilizados por el TJUE. Este trabajo también concluye en que, si bien el derecho de explicación es un valioso medio para lograr el objetivo de crear transparencia algorítmica, no constituye una solución definitiva debido a sus limitaciones técnicas. Se propone, como solución, la implementación de elementos de *accountability* para hacer más efectivo este derecho, proponiéndose un marco de *accountability* algorítmico.

**Novedad de los resultados.** Los resultados son novedosos. Presentan un enfoque hermenéutico cumulativo que ha sido pasado por alto en el debate acerca de la existencia del derecho de explicación. Además, se incorporan elementos de *accountability* que sirven de directrices prácticas para dotar de efectividad a este derecho.

**Conclusiones.** El trabajo concluye en que el derecho de explicación existe, ya que el RGPD debe interpretarse con un enfoque cumulativo, incluyendo métodos de interpretación sistemático y teleológico, empleados continuamente por el TJUE. Esta investigación reconoce las limitaciones técnicas del derecho de explicación, pero sugiere que estas pueden superarse mediante el principio de responsabilidad proactiva.

**PALABRAS CLAVE:** RGPD, derecho de explicación, decisiones individuales automatizadas, hermenéutica, IA, derechos fundamentales, tutela judicial efectiva, debido proceso, effet utile, discriminación, responsabilidad proactiva, EIPD, auditorías algorítmicas, PbD, códigos de conducta, certificaciones, explicaciones contrafácticas, secretos empresariales

## ABSTRACT

In recent years, a contentious debate has emerged regarding the existence and effectiveness of the so-called “right to explanation”, which is expected to play a pivotal role in protecting individuals *vis-à-vis* the increasing implementation of automated decision-making systems. The debate regarding the existence of this right has primarily revolved around two opposing viewpoints: one refuting its existence and the other advocating for it. The different arguments put forward by legal scholars primarily center around grammatical, historical and, to a lesser extent, contextual interpretations. Regarding to the effectiveness of this right, some scholars argued that this right is ineffective as explaining the functionality and logic of automated decision-making systems is a complex and technically challenging task.

**Objectives.** The first objective of this paper is to demonstrate that the right to explanation exists in European Union law by virtue of the lawfulness principle set out in article 5.1. of the GDPR. The second objective is to establish that the interpretation of the law must be carried out through an interpretative method based on a cumulative approach and not through isolated hermeneutic criteria. As a third objective, an attempt will be made to determine whether the right to explanation is an appropriate tool in the context of algorithmic decisions. Fourthly, this work will seek to demonstrate that through the accountability principle it is possible to create a framework of algorithmic *accountability* that renders the right to explanation more effective.

**Motivation.** This work focuses on the study of a particularly relevant topic, namely, automated decision-making and, specifically, the right to explanation. These are contemporary issues that have garnered significant interest in recent years due to the democratization of Artificial Intelligence. The right to explanation is a crucial prerogative within the GDPR in its mission to protect the fundamental rights of individuals.

**Methodology.** The methodology employed is deductive. This work introduces the reader to the concept of algorithmic decision making, its practical application and risks. Further, reference is made to the applicable regulations. Next, the debate on the existence and effectiveness of the right to explanation is addressed, presenting the various positions and their foundations, which are contrasted with certain findings in doctrinal sources, guides and European law.

**Main findings.** This research concludes that the right to explanation exists in the GDPR according to the interpretative criteria commonly used by the CJEU. This paper also concludes that, while the right to explanation is a valuable means to achieve the goal of creating algorithmic transparency, it is not a definitive solution due to its technical limitations. This work proposes the implementation of accountability elements to make this right more effective.

**Novelty of the findings.** The results are novel. They present a cumulative hermeneutic approach that has been overlooked in the debate on the existence of the right to explanation. Further, the results provide with elements of accountability that serve as practical guidelines to render this right effective.

**Conclusions.** The paper concludes that the right to explanation exists, as the GDPR must be interpreted with a cumulative approach, including systematic and teleological methods of interpretation, consistently employed by the CJEU. This research acknowledges the technical limitations of the right to explanation but suggests that these can be overcome by means of the accountability principle.

**KEYWORDS:** GDPR, right to explanation, automated decision-making, hermeneutics, AI, fundamental rights, effective judicial protection, due process, effet utile, discrimination, accountability, DPIA, algorithmic audits, PbD, codes of conduct, certifications, counterfactual explanations, trade-secrets

## INDICE

<b>Resumen ejecutivo / Abstract</b> .....	<b>2</b>
<b>Abreviaturas, siglas y acrónimos</b> .....	<b>5</b>
<b>1. Introducción: los algoritmos y sus repercusiones</b> .....	<b>6</b>
<b>2. El derecho fundamental a la protección de datos personales</b> .....	<b>8</b>
<b>3. Decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles</b> .....	<b>13</b>
3.1. Elaboración de perfiles .....	13
3.2. Decisiones individuales automatizadas .....	14
3.3. Prohibición del artículo 22.1. RGPD .....	15
3.4. Excepciones del artículo 22.2. RGPD .....	27
3.5. Deberes de transparencia y derecho de acceso.....	30
3.5.i. Existencia de decisiones automatizadas .....	32
3.5.ii. Lógica aplicada .....	33
3.5.iii. Importancia y las consecuencias previstas.....	34
3.6. Medidas adecuadas del artículo 22.3. RGPD .....	35
<b>4. El Derecho de explicación</b> .....	<b>42</b>
4.1. Delimitación de su sentido y alcance .....	42
4.2. Derecho de explicación, deberes de transparencia y derecho de acceso.....	43
4.3. El Debate sobre la existencia del derecho de explicación .....	44
<b>5. ¿Existe el derecho de explicación?: Deus (L)ex Machina</b> .....	<b>46</b>
<b>6. Efectividad del derecho de explicación</b> .....	<b>66</b>
6.1. Críticas al derecho de explicación .....	66
6.2. <i>Accountability</i> al rescate .....	68
6.2.i. <i>Accountability</i> algorítmico .....	69
6.2.i.a) Evaluación de impacto de protección de datos .....	69
6.2.i.b) Auditorías algorítmicas .....	73
6.2.i.c) Códigos de conducta y certificaciones .....	75
6.2.ii. Explicaciones contrafácticas .....	76
<b>7. Conclusiones</b> .....	<b>78</b>
<b>Referencias</b> .....	<b>81</b>

## ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

<b>AEPD</b>	: Agencia Española de Protección de Datos
<b>AG</b>	: Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>CEDH</b>	: Convenio Europeo de Derechos Humanos
<b>CDFUE</b>	: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<b>CEPD</b>	: Comité Europeo de Protección de Datos
<b>DL</b>	: Deep Learning
<b>DPD</b>	: 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
<b>EIPD</b>	: Evaluación de impacto de protección de datos
<b>IA</b>	: Inteligencia Artificial
<b>LOPDGDD</b>	: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
<b>ML</b>	: Machine Learning
<b>RAE</b>	: Real Academia Española
<b>RGPD</b>	: 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)
<b>TFUE</b>	: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TJUE</b>	: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TUE</b>	: Tratado de la Unión Europea
<b>UE</b>	: Unión Europea

## 1. INTRODUCCIÓN: LOS ALGORITMOS Y SUS REPERCUSIONES

En la sociedad actual prolifera la utilización de la información como herramientas para la toma de decisiones estratégicas, fenómeno que ha dado lugar a la economía basada en los datos<sup>1</sup>. Muchas de las decisiones que solían ser tomadas por humanos ahora las toman las máquinas<sup>2</sup>. Este fenómeno se ha cristalizado gracias a las rápidas innovaciones en la computación ubicua, dando pábulo a la dataficación de la sociedad de la vigilancia y de la civilización de la información<sup>3</sup>. Esto se ha acelerado gracias al empleo de nuevas tecnologías de la información, tales como los algoritmos, que sirven como medio para la toma de decisiones automatizadas, la personalización de contenido, la implementación de sistemas de recomendación y, en general, la elaboración de perfiles<sup>4</sup>.

Etimológicamente hablando, el término algoritmo deriva tanto de la palabra *al-Kwārizmī*, deformación del nombre del matemático del Siglo IX, *Abu Abdallah Muḥammad ibn Mūsā al-Jwārizmī*, como del término griego *αριθμός* (*arithmós*, i.e., número)<sup>5</sup>. La RAE lo caracteriza como un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema<sup>6</sup>. Desde una arista funcional, un algoritmo no solamente se relaciona con los procesos relativos a la computación, sino que también con cualquier situación de la vida real, por ejemplo, las rutinas y procesos de la vida diaria (despertar, ducharse, desayunar, ir a trabajar)<sup>7</sup>. Para efectos del presente trabajo, tomaremos como punto de partida la aplicación de los algoritmos a los procesos relativos a la computación.

Como se adelantó, los algoritmos son utilizados como instrumentos para, entre otras cosas, la elaboración de perfiles y la toma de decisiones automatizadas. La elaboración algorítmica de perfiles implica una forma de detección de patrones y desarrollo de predicciones en base a ellos en diversos contextos (e.g. seguros, finanzas, precios diferenciales, educación, empleo, *marketing*, gobernanza, seguridad y vigilancia)<sup>8</sup>. El perfilado algorítmico también puede definirse como un método de análisis diferencial que identifica correlaciones o patrones dentro de un conjunto de datos y que puede ser utilizado como un indicador para clasificar a un sujeto como miembro de un grupo<sup>9</sup>.

Por otro lado, la toma de decisiones automatizada supone un proceso de toma de decisiones por medios automatizados, esto es, sin participación humana<sup>10</sup>. Estas decisiones pueden basarse tanto en datos fácticos, así como en perfiles creados digitalmente o datos inferidos<sup>11</sup>. Sobre estos dos mecanismos nos referiremos con mayor detalle en el Capítulo 3.

---

<sup>1</sup> MALGIERI, Gianclaudio; COMANDÉ, Giovanni. Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation, 2017, en *International Data Privacy Law, Volume 7, Issue 4, November 2017*, pp. 243–265, p. 1.

<sup>2</sup> WALDMAN, Ari Ezra. Power, Process, and Automated Decision-Making. En *88 Fordham L. Rev.*, 2019, p. 613.

<sup>3</sup> MANN, Monique y MATZNER, Tobias. Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination. En *Big Data & Society*. 6(2), p. 1.

<sup>4</sup> MITTELSTADT, Brent Daniel; ALLO, Patrick; TADDEO, Mariarosaria; WACHTER, Sandra; FLORIDI, Luciano. The ethics of algorithms: Mapping the debate (2016). En *Big Data & Society*, 2019, 3(2), p. 1.

<sup>5</sup> FITSILIS, Fotios. *Imposing Regulation on Advanced Algorithms*. Primera edición. Springer Cham, 2019, p. 3.

<sup>6</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [4 de julio de 2023].

<sup>7</sup> FITSILIS, Fotios, *op. cit.*, p. 3.

<sup>8</sup> MANN, Monique, *op. cit.*, p. 1.

<sup>9</sup> *Ídem*.

<sup>10</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, 2018, 17/ES, WP251rev.01, p. 8.

<sup>11</sup> INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *What is automated individual decision-making and profiling?* [en línea] [fecha de consulta: 27 mayo 2023] [<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/individual-rights/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>]

Los recientes avances tecnológicos han permitido que el uso y la efectividad de los algoritmos sean cada vez mayores. Basta con referirnos al desarrollo que han experimentado la Inteligencia Artificial y sus derivaciones, como el *Machine Learning* (ML) y el *Deep Learning* (DL). La mejorada capacidad de utilizar grandes cantidades de datos (*Big Data*), el mejor poder de cómputo disponible hoy en día, y la evolución de los modelos ML y DL, han catalizado el mayor uso de las técnicas algorítmicas<sup>12</sup>. La aparición de nuevas variantes de dichos modelos, como el aprendizaje supervisado y el no supervisado, también han servido de combustible para el auge de los algoritmos<sup>13</sup>.

En la actualidad, los mecanismos de perfilado y toma de decisiones automatizadas han sido profusamente empleados tanto por el sector público como por el privado en prácticamente todos los sectores, sea para fines comerciales como no comerciales<sup>14</sup>. Por ejemplo, la elaboración de perfiles se utiliza generalizadamente por las empresas aseguradoras, las que categorizan a los individuos para calcular el importe de las primas en función de ciertos riesgos (e.g. los fumadores tienen mayor probabilidad de padecer problemas de salud, por lo que deberían pagar primas más elevadas por los seguros)<sup>15</sup>. Por otro lado, los algoritmos de toma de decisiones automatizadas permiten, a modo de ejemplo, evaluar a los profesores, aprobar o rechazar solicitudes de préstamos, asignar a agentes de policía durante sus recorridos y determinar la elegibilidad de ciertas personas respecto de beneficios otorgados por el Estado<sup>16</sup>.

Al efecto, podemos referirnos al caso italiano relativo a la *app* Foodinho en donde se verificó que el algoritmo de tal aplicación contaba con un sistema de puntuaciones sobre sus *riders* (repartidores) que determinaba sus niveles de prioridad para recibir pedidos en determinadas franjas horarias, tomando en cuenta varios criterios, como, por ejemplo, el número de veces en los que ellos rechazaban pedidos durante las jornadas de trabajo<sup>17</sup>.

El empleo de los algoritmos, si bien puede ofrecer ventajas logísticas y de costo-beneficio, plantea desafíos y problemáticas respecto de los derechos y libertades de las personas sujetas a los perfiles y a la toma de decisiones automatizadas basadas en ellos. Las decisiones algorítmicas no están exentas de una profusa variedad de eventuales inconvenientes, tales como producir resultados erróneos y/o sesgados (sea por aspectos derivados de la forma en que el algoritmo fue programado, sea por sesgos del programador o por la calidad de los datos introducidos), crear a situaciones de discriminación, asimetrías de información y afeción a la autonomía e intimidad<sup>18</sup>. El fenómeno de la opacidad o *black box* de la inteligencia artificial también se incluye dentro de este catálogo de inconvenientes: los modelos basados en la IA son difíciles de explicar debido a la existencia de miles de capas “escondidas” que son complejas de examinar<sup>19</sup>. Las IAs modernas son tan complejas que es difícil entender su razonamiento o identificar y corregir errores en sus decisiones<sup>20</sup>.

---

<sup>12</sup> KUMKAR, Lea Katharina y ROTH-ISIGKEIT, David. A criterion-based approach to GDPR’s explanation requirements for automated individual decision-making. *JIPITEC*, 2021, 289-300, p. 289.

<sup>13</sup> EDWARDS, Lilian; VEALE, Michael. Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For. *16 Duke Law & Technology Review* 18, 2017, pp. 25-27.

<sup>14</sup> Véase, MALGIERI, Gianclaudio *et al.*, *op. cit.*; Véase también, KUMKAR, Lea Katharina *et al.*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>15</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Por una actuación policial más eficaz. Guía para entender y evitar la elaboración de perfiles étnicos discriminatorios*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010, p. 8.

<sup>16</sup> WALDMAN, Ari Ezra, *op. cit.*, p. 613.

<sup>17</sup> GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l.* - 10 giugno 2021 [9675440].

<sup>18</sup> SORIANO ARNANZ, Alba. Decisiones Automatizadas: Problemas y Soluciones Jurídicas. Más Allá de la Protección de Datos. En *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2021, vol. 3, pp. 89-96.

<sup>19</sup> HAUER, Marc P.; KEVEKORDES, Johannes; HAERI, Maryam Amir. Legal perspective on possible fairness measures – A legal discussion using the example of hiring decisions. En *Computer Law & Security Review*, 2021, vol. 42, p. 2.

<sup>20</sup> MOSTOWY, Walter A. Explaining Opaque AI Decisions, Legally. En *Berkeley Technology Law Journal*, 2020, p. 1292.

Como corolario, diversos riesgos pueden resultar de la aplicación de los algoritmos en el perfilado de los individuos (o grupos de individuos) y en la toma de decisiones automatizadas, riesgos que tienen plena aptitud de transgredir libertades y derechos fundamentales, tales como la dignidad humana, el derecho a la igualdad, no discriminación, intimidad, protección de datos personales, derechos socioeconómicos (e.g. derechos laborales), libertad de expresión, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; el derecho a la libertad de reunión y de asociación, e, incluso, el derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, en caso en que estas herramientas sean aplicadas incorrectamente en el contexto de un procedimiento judicial, administrativo o análogo<sup>21</sup>.

A mayor abundamiento, los tratamientos algorítmicos de datos personales pueden implicar riesgos respecto de los denominados “valores sociales fundamentales” (e.g. estructuras y procedimientos democráticos), a saber, aquellos valores que son de interés público esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática, pero que no están consagrados —o al menos total y/o expresamente— como derechos en las constituciones o en normativas sobre derechos humanos<sup>22</sup>. Un ejemplo paradigmático es el caso Cambridge Analytica, en el cual se verificó una reprensible influencia en las votaciones a través del uso de datos personales, mecanismos de desinformación y segmentación de individuos, socavando el derecho a voto y, en consecuencia, los cimientos de la democracia<sup>23</sup>.

De este modo, es dable concluir que el derecho debe servir como medio para regular las distintas tecnologías y actividades algorítmicas que puedan amenazar los derechos y libertades de los individuos.

## 2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El fenómeno regulatorio de la protección de datos personales no es nuevo. La consagración de este derecho, como uno de carácter fundamental en la Unión Europea (UE), fue consecuencia de una trayectoria normativa, jurisprudencial y doctrinal de larga data. En efecto, los orígenes del derecho a la protección de datos personales se delinearon tímidamente a partir de la consideración de los elementos de otro derecho con fisonomía y alcance diversos, a saber, el derecho a la privacidad, intimidad o vida privada.

Este último derecho comenzó a gestarse tempranamente en la doctrina norteamericana a partir del año 1890, cuando Samuel D. Warren II y Louis Brandeis publicaron su artículo *The Right to Privacy*, articulando por primera vez ciertos elementos de un derecho a no ser molestado o de ser dejado en paz (*Right to be left alone*)<sup>24</sup>.

Ya en el año 1948 fue cuando las nociones de privacidad fueron prístinamente cristalizadas a nivel internacional, mediante su reconocimiento expreso como derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>25</sup>, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III)<sup>26</sup> el 10 de diciembre de 1948 en París. Dicho instrumento recoge en sus

---

<sup>21</sup> LESLIE, David, BURR; Christopher, AITKEN; Mhairi, COWLS, Josh; KATELL, Mike; BRIGGS, Morgan. *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law A Primer*. Primera edición. Council of Europe, The Alan Turing Institute, 2021, pp. 15-17; ORWAT, Carsten, BAREIS, Jascha, FOLBERTH, Anja, JAHNEL, Jutta y WADEPHUL, Christian. *Normative Challenges of Risk Regulation of Artificial Intelligence and Automated Decision-Making*, 2022, pp. 1-2.

<sup>22</sup> ORWAT, Carsten *et al.*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>23</sup> GARCÍA-OROSA, Berta. Disinformation, social media, bots, and astroturfing: the fourth wave of digital democracy. En *Profesional de la información*, 2021, vol. 30, no 6, p. 4.

<sup>24</sup> Véase, WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. En *Harvard Law Review*, 1890, vol. 4, no. 5, pp. 193–220.

<sup>25</sup> Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

<sup>26</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 218 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/046/82/PDF/NR004682.pdf?OpenElement>

treinta artículos los derechos humanos considerados básicos, entre ellos, el derecho a la privacidad, en su artículo 12<sup>27</sup>.

Con todo, a nivel europeo el derecho a la intimidad solamente comenzó a gestarse tras la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por el Consejo de Europa, el día 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor en 1953<sup>28</sup>. Este Convenio se inspiró directamente en las prescripciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos y consagró el derecho al respeto a la vida privada y familiar en su artículo 8, el cual, además de establecerlo (párrafo primero), fijó los límites por medio de los cuales las autoridades públicas pueden efectuar injerencias sobre el mismo (párrafo segundo).

A comienzos de la década de los setenta comenzaron a avizorarse los primeros esfuerzos normativos nacionales orientados a dar luz a un derecho autónomo y con una fisonomía diferenciada del derecho a la privacidad, a saber, el derecho a la protección de datos personales. Así, el estado de Hesse fue el primer estado de Alemania en promulgar una ley específicamente dirigida a regular el tratamiento de los datos personales, la *Hessisches Datenschutzgesetz* de 1970<sup>29</sup>, la cual fue seguida años después por la ley federal del mismo país, la *Bundesdatenschutzgesetz* de 1977<sup>30</sup>. De hecho, la ley de Hesse tuvo un importante efecto catalizador en la legislación de los distintos Estados europeos. Solamente tres años después de su concepción, se promulgó la Ley de Protección de Datos Personales de Suecia (*Datalagen*), la cual entró en vigor el 1 de julio de 1974. Esta ley es considerada como la primera normativa nacional de protección de datos personales del mundo<sup>31</sup> y una de sus características más destacables es la introducción de la obligación de que los sistemas de información que contuviesen datos personales fuesen autorizados por una autoridad de control especializada en la materia, la *Data Inspection Board*<sup>32</sup>.

Bien podría decirse que la década de los setenta se vio marcada por la concepción de diversas normativas nacionales referentes a la protección de los datos personales. Por ejemplo, en el año 1978 se promulgó en Francia la Ley N° 78-17 de 6 de enero de 1978, la *Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*<sup>33</sup>. En el mismo año se aprobaron las primeras leyes del ramo en Dinamarca, la *Registerlov*<sup>34</sup> y la *Lov om offentlige myndigheders registre*<sup>35</sup>. También en 1978, se aprobó la primera ley de protección de datos personales de Noruega, la *Norwegian Act Relating to Personal Data Registers of 9 June 1978*<sup>36</sup>. En 1979, Austria hizo lo suyo, aprobando su primera ley de datos personales, la *Datenschutzgesetz* (DSG)<sup>37</sup>.

Pero los pasos más relevantes fueron dados en la década de los ochenta, con la adopción de dos instrumentos con alcance internacional. El primero de ellos lo constituyen las Directrices sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos de Datos Personales de la Organización

---

<sup>27</sup> “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

<sup>28</sup> Consejo de Europa, Convención Europea de Derechos Humanos, 1950.

<sup>29</sup> Hessisches Datenschutzgesetz [HE 1970].

<sup>30</sup> Bundesdatenschutzgesetz [BDSG 1977].

<sup>31</sup> EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; COUNCIL OF EUROPE; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Handbook on European data protection law*. 2018, p. 29.

<sup>32</sup> MADSEN, Wayne. *Handbook of Personal Data Protection*, Macmillan Publishers Ltd, 1992, p. 24.

<sup>33</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>34</sup> Bekendtgørelse af lov om private registre m.v. (Registerlov). Disponible en <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/1987/622>

<sup>35</sup> Bekendtgørelse af lov om offentlige myndigheders registre. Disponible en <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/1991/654>

<sup>36</sup> Norwegian Act Relating to Personal Data Registers of 9 June 1978. Disponible en [https://resources.law.cam.ac.uk/civil/documents/Historic/Norway%20-%20DP%20Law%20\(CJ-PD%20\(78\)%205\).pdf](https://resources.law.cam.ac.uk/civil/documents/Historic/Norway%20-%20DP%20Law%20(CJ-PD%20(78)%205).pdf)

<sup>37</sup> Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz - DSG). Disponible en [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1978\\_565\\_0/1978\\_565\\_0.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1978_565_0/1978_565_0.pdf)

para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 1980 (Directrices OCDE)<sup>38</sup>, las cuales establecieron detalladas definiciones, principios (todos los cuales se encuentran plenamente vigentes al día de hoy), normas sobre el flujo transfronterizo de datos personales, disposiciones sobre cooperación internacional y la necesidad de establecer procedimientos e instituciones con la finalidad de proteger los derechos de los individuos. Este instrumento, con todo, no es jurídicamente vinculante<sup>39</sup>. Además, cabe agregar que estas Directrices han sido actualizadas y revisadas en 2013<sup>40</sup>.

El segundo de dichos instrumentos internacionales es el Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y Protocolo Adicional a Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las Autoridades de Control y a los Flujos Transfronterizos de Datos (Convenio 108)<sup>41</sup>. A diferencia de las Directrices OCDE, el Convenio 108 es vinculante una vez que los Estados firman para su adhesión. A mayor abundamiento, y si bien este instrumento nace de la iniciativa del Consejo de Europa, se encuentra abierto para su adhesión por parte de cualquier Estado no miembro del Consejo<sup>42</sup>. Debe consignarse que el Convenio 108 ha sido modernizado y actualizado en el año 2018<sup>43</sup>.

Con todo, el desarrollo normativo descrito en los párrafos anteriores da cuenta de un fenómeno paradójico y singular: el derecho a la protección de los datos personales solamente fue consagrado por la vía legal y por instrumentos internacionales, pero no constitucionalmente. Ni a nivel europeo ni nacional se produjo, con anterioridad a 1983, su consagración como uno de carácter fundamental a través de su incorporación en un Tratado, Carta o Constitución. Fue en dicho año cuando por primera vez se estableció, por intermedio de una sentencia, la naturaleza constitucional de la protección de los datos personales. Nos referimos a la emblemática sentencia de 1983 del Tribunal Constitucional de Alemania por la que se analizó la constitucionalidad de la Ley del Censo de dicho estado. En resumidos términos, a falta de una norma de índole constitucional, el Tribunal Constitucional alemán incorporó en su análisis el concepto de la autodeterminación informativa (*informationelle selbstbestimmung*) para predicar que “[...] en el contexto del tratamiento de datos moderno, la protección del individuo contra la recopilación, el almacenamiento, el uso y la divulgación ilimitados de sus datos personales está incluida en los derechos personales generales de la constitución alemana. Este derecho básico garantiza a este respecto la capacidad del individuo para determinar en principio la divulgación y el uso de sus datos personales. Las limitaciones a esta autodeterminación informativa solo se permiten en caso de interés público superior”<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales*, 1980. Disponible en <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264196391-sum-es.pdf?expires=1683224963&id=id&accname=guest&checksum=C2B46E98AD2538C0989BAF85485143F0>

<sup>39</sup> GREENLEAF, Graham. It's nearly 2020, so what fate awaits the 1980 OECD Privacy Guidelines? En (2019) *159 Privacy Laws & Business International Report* 18 [2019] UNSWLRS 42, p. 3.

<sup>40</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales*, 2013. Disponible en [https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd\\_privacy\\_framework.pdf](https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf)

<sup>41</sup> Consejo de Europa, *Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y Protocolo Adicional a Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las Autoridades de Control y a los Flujos Transfronterizos de Datos*. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=108>

<sup>42</sup> Una completa lista de los Estados parte puede encontrarse en <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108/parties>

<sup>43</sup> Versión modernizada disponible en <https://rm.coe.int/convenio-para-la-proteccion-de-las-personas-con-respecto-al-tratamiento/1680968478>

<sup>44</sup> Tribunal Constitucional de Alemania, sentencia de 15 de noviembre de 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

Ciertos autores señalan que el concepto de autodeterminación informativa esgrimido por el tribunal alemán no implicaría la expresión de un eventual contenido implícito de otro derecho fundamental, ni del resultado de la combinación de otros derechos reconocidos expresamente, sino que, derechamente, de la identificación propia del mismo en el seno de la Constitución<sup>45</sup>. Así, puede decirse con propiedad, que este derecho —el de la autodeterminación informativa, posteriormente adoptado bajo la nomenclatura del derecho de la protección de datos personales— tiene una fisonomía propia.

Fue muchos años después, específicamente en el año 2000, cuando vio la luz la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que entró en vigor el 1 de junio de 2009 —junto con el Tratado de Lisboa— para dar nacimiento y reconocer autónomamente el derecho fundamental a la protección de los datos personales en su artículo 8, el cual recibió una regulación separada del derecho fundamental a la vida privada (consagrado en el artículo 7 CDFUE). Así, fue con el advenimiento de la CDFUE que el derecho a la protección de datos personales fue concebido en el derecho primario europeo.

Pero la incorporación de este derecho dentro del derecho primario europeo no se agotó con la CDUE. El Tratado de Lisboa tuvo una incidencia esencial en el carácter de fundamental del derecho a la protección de los datos personales. Este Tratado incluye dos tratados, a saber, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea sustituye a la Comunidad Europea y, además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasa a ser jurídicamente vinculante en toda la Unión. Como consecuencia, el derecho a la protección de datos personales (artículo 8 CDFUE) y el derecho a la vida privada y familiar (artículo 7 CDFUE) pasan a formar parte integrante del acervo de derechos fundamentales de la UE. El TFUE efectúa una importante consagración de este derecho fundamental, especificando que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan (artículo 16.1. TFUE). El artículo 39 del Tratado de la Unión Europea (TUE) hace eco de las prescripciones del artículo 16 TFUE.

Atendido lo anterior, el legislador europeo se vio en la necesidad de cristalizar este derecho fundamental (derecho primario) en el derecho derivado o secundario, lo cual realizó a través de directivas y reglamentos. El primer cuerpo normativo que reguló de manera acabada el derecho a la protección de datos personales fue la Directiva 95/46/CE<sup>46</sup> del año 1995, que constituyó un paso gigantesco desde un punto de vista regulatorio. Esta Directiva incorporó definiciones, principios, obligaciones substantivas aplicables a los responsables del tratamiento, reglas sobre ámbitos de aplicación, licitud, derechos de los interesados, normas sobre transferencias internacionales de datos personales, un régimen sancionatorio, la necesidad de establecimiento de autoridades de control, y un pequeño marco de *accountability* referente a los códigos de conducta.

Los objetivos de esta Directiva fueron ambiciosos y algunos de ellos pueden encontrarse en sus numerosos considerandos. Por ejemplo, destacan la necesidad de lograr relaciones más estrechas entre los Estados miembros, asegurar el progreso económico, eliminar las barreras que dividen Europa, propender por el respeto de los derechos y libertades de las personas en lo que respecta a sus datos personales, favorecer el intercambio de bienes y datos entre las empresas y naciones; facilitar el cometido de las administraciones nacionales, a través de la colaboración y el intercambio de datos personales; fomentar la cooperación científica y técnica y, en general, fomentar una libre circulación de datos personales respetuosa de los derechos fundamentales<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas; PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa* 2009, p. 71.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Considerandos 1 a 11, Directiva 95/46/CE.

Con todo, la puesta en práctica demostró que la Directiva no era realmente un traje a la medida para la UE. Diversas críticas se alzaron a su respecto, por ejemplo, concernientes a la ausencia de referencia al concepto de los riesgos en el tratamiento (el llamado “enfoque basado en los riesgos”); a las ineficaces prescripciones sobre transparencia en el tratamiento; a las poco desarrolladas reglas sobre transferencias de datos personales a terceros países; y, entre otras cosas, al difuso e inconsistente rol de las autoridades de control en lo que respecta a sus funciones de supervigilancia<sup>48</sup>. A dichas críticas se sumó otra quizá más crucial: en su objetivo de armonizar la legislación europea frente a los requerimientos del vinculante Convenio 108, la Directiva demostró profundas falencias. Las diversas leyes de transposición nacionales adolecían de diferencias insalvables en distintos aspectos. La Comisión Europea detectó una serie de divergencias entre las legislaciones nacionales que transponían la Directiva. Dichas discordancias pugnarón con uno de sus objetivos principales, a saber, garantizar la libre circulación de datos en el mercado interior<sup>49</sup>.

Bajo dicho contexto, y con el objeto de solucionar la fragmentariedad, la falta de armonización y la inconsistencia entre las leyes de los Estados miembros, se discutió la posibilidad de implementar un instrumento jurídico de naturaleza diversa, a saber, un reglamento, consistente en un acto jurídico de alcance general, obligatorio y directamente aplicable en cada Estado miembro<sup>50</sup>. Así, fue con la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>51</sup>, en 2016, cuando las reglas del juego cambiaron de una manera drástica. Esta normativa derogó a la Directiva 95/46/CE e introdujo una serie de nuevos principios, derechos, obligaciones, instituciones y mecanismos regulatorios. Todas estas reglas suponen un mínimo normativo, directamente aplicable a las legislaciones nacionales.

El impacto de este reglamento ha sido tal que ha honrado con creces dos fenómenos bien conocidos en el derecho europeo, a saber, la “europeización” del derecho a la protección de datos personales<sup>52</sup>, por un lado, y el “efecto Bruselas”<sup>53</sup>, por el otro. En otras palabras, el RGPD ha logrado, en mayor o menor medida, el objetivo de crear un marco de reglas autoritativas europeas<sup>54</sup> en materias de protección de datos personales y de “exportar” sus estándares normativos fuera de la Unión.

Sin embargo, no sería realista afirmar que este Reglamento es la panacea en las materias en las que incide. Dado el avance de las tecnologías durante los pocos años de su vigencia múltiples voces han criticado algunos de sus aspectos cruciales, por ejemplo, materias de transparencia y *explicabilidad* en el tratamiento algorítmico de los datos personales. Ciertos autores, sostienen que las obligaciones de transparencia del RGPD son insuficientes para prevenir el fenómeno del *black-box* o caja negra algorítmica<sup>55</sup>.

Si bien es cierto que prácticamente todos los principios, derechos y obligaciones del RGPD resultan aplicables al tratamiento algorítmico de datos personales, este instrumento reserva la regulación específica de esta materia a un limitado número de disposiciones, entre las que destacan

---

<sup>48</sup> Véase, ROBINSON, Neil; GRAUX, Hans; BOTTERMAN, Maarten; VALERI, Lorenzo. *Review of the European Data Protection Directive* (2009).

<sup>49</sup> Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea*, COM(2010) 609 final, p. 11.

<sup>50</sup> Artículo 288 TFUE.

<sup>51</sup> 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).

<sup>52</sup> Véase, KOOPS, Bert-Jaap, *The Trouble with European Data Protection Law, 2014*, en *International Data Privacy Law*, doi: 10.1093/idpl/ipu023, Forthcoming, Tilburg Law School Research Paper No. 04/2015.

<sup>53</sup> Véase, KEANE, Jonathan, *From California to Brazil: Europe's privacy laws have created a recipe for the world*, 2021.

<sup>54</sup> *Ídem*.

<sup>55</sup> Véase, WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*. En *International Data Privacy Law*, Volume 7, Issue 2, 2017, p. 76–99.

los artículos 12, 13 y 14 (relativos al deber de transparencia e información), el artículo 15 (derecho de acceso) y el artículo 22 (decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles). Este último precepto —el artículo 22— ha sido blanco de variadas críticas, algunas sobre las cuales nos referiremos a lo largo de este trabajo, y con especial énfasis, en la ambigüedad del RGPD en el establecimiento del denominado “derecho de explicación”, cuya existencia y efectividad se ha puesto en tela de juicio por la doctrina especializada.

### 3. DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS Y ELABORACIÓN DE PERFILES

En el Capítulo 1 realizamos una introducción a los algoritmos, sus aplicaciones y riesgos. Indicamos que ellos pueden formar parte de otros procedimientos o mecanismos, tales como la elaboración de perfiles y la toma de decisiones automatizadas. En lo sucesivo, desarrollaremos sobre estas dos últimas figuras y analizaremos su regulación a la luz del RGPD.

#### 3.1. ELABORACIÓN DE PERFILES

En términos generales, la elaboración de perfiles supone la clasificación de las personas en categorías sobre la base de sus características, ya sean éstas invariables (como el sexo, la edad, la etnia o la estatura) o variables (como los hábitos, las preferencias u otros aspectos del comportamiento)<sup>56</sup>. Además, la elaboración de perfiles implica un proceso de descubrimiento de patrones y desarrollo de predicciones en base a ellos<sup>57</sup>. Por lo dicho, la elaboración de perfiles no solamente permite la categorización y agrupación de los individuos en función de sus características, sino que también inferir otras que no son *a priori* observables<sup>58</sup>.

Desde un punto de vista normativo, la de elaboración de perfiles se encuentra sujeta a las prescripciones del RGPD<sup>59</sup>. Su artículo 4(1) la define como una forma de tratamiento de datos personales, en concreto, 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”. Al respecto, la normativa antecesora al RGPD, la Directiva 95/46/CE, no contenía una definición de la elaboración de perfiles.

La elaboración de perfiles basada en el tratamiento automatizado de datos personales se consolida como una importante herramienta que permite un relativamente profundo entendimiento de las personas, de los rasgos de sus personalidades y la predicción de sus comportamientos<sup>60</sup>. Con todo, esta figura ha sido objeto de preocupaciones, principalmente jurídicas, referentes a aspectos relacionados con la discriminación, asimetrías de información, libertad de expresión, intimidad, dignidad y la propia protección de los datos personales<sup>61</sup>. A modo ilustrativo, se ha afirmado que la

---

<sup>56</sup> Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Por una actuación policial más eficaz. Guía para entender y evitar la elaboración de perfiles étnicos discriminatorios*, 2010, p. 8.

<sup>57</sup> HILDEBRANDT, Mireille. Defining Profiling: A New Type of Knowledge? en Mireille Hildebrandt y Serge Gutwirth (eds), *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*, Springer, 2008, p. 19.

<sup>58</sup> CUSTERS, Bart; HEIJNE, Anne-Sophie. (2022). The right of access in automated decision-making: The scope of article 15(1)(h) GDPR in theory and practice. En *Computer Law & Security Review*. 46, p. 2.

<sup>59</sup> Al respecto, el considerando 72 del RGPD aclara que “La elaboración de perfiles está sujeta a las normas del presente Reglamento que rigen el tratamiento de datos personales, como los fundamentos jurídicos del tratamiento o los principios de la protección de datos”.

<sup>60</sup> WIEDEMANN, Klaus. Profiling and (automated) decision-making under the GDPR: A two-step approach. En *Computer Law & Security Review*, Volume 45, 2022, 105662, p. 1.

<sup>61</sup> *Véase*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Por una actuación policial más eficaz. Guía para entender y evitar la elaboración de perfiles étnicos discriminatorios* 2010, p. 9; DE GREGORIO, Giovanni, DUNN, Pietro. *Profiling under Risk-based Regulation: Bringing together the GDPR and the DSA*, pp. 2-4.

minería de datos, abordada irreflexivamente, puede reproducir patrones de discriminación existentes o heredar los prejuicios de quienes tomaron decisiones con anterioridad, o reflejar prejuicios generalizados persistentes en la sociedad, exacerbando así las desigualdades existentes respecto de los grupos desfavorecidos o vulnerables<sup>62</sup>.

Adicionalmente, la elaboración de perfiles puede ocasionar otros efectos negativos, como generar información nueva, en base a datos inexactos o desactualizados, que podría llevar a que las personas sean mal identificadas, mal clasificadas o juzgadas<sup>63</sup>.

El considerando 75 del RGPD ofrece una vista panorámica de los riesgos asociados a la elaboración de perfiles, los que en términos amplios hacen relación con los derechos y libertades de las personas físicas, por ejemplo, la posibilidad de que este tipo de tratamiento provoque daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales y que, en concreto, puedan dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad, privación; la afectación de personas vulnerables, incluidos los niños y, en general, la privación de derechos y libertades.

La elaboración de perfiles se encuentra regulada en varios preceptos del RGPD, entre ellos, los relativos al deber de transparencia (artículos 13 y 14), el derecho de acceso (artículo 15), el derecho de oposición (artículo 21) y, finalmente, el “derecho-prohibición” del artículo 22 (cuando la elaboración de perfiles sirve de base para una decisión que califique dentro de los márgenes de dicha norma). Esta regulación ha significado un importante avance en la materia, ya que la Directiva 95/46/CE solamente se limitaba a regular la “aplicación” de los perfiles (decisiones individuales automatizadas basadas en perfiles), guardando silencio respecto de la “creación” o elaboración de perfiles propiamente tal<sup>64</sup>, situación distinta a lo que ocurre con el caso del RGPD, que en su artículo 22 establece una regulación que se extiende a ambos extremos.

### 3.2. DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS

En términos amplios, una decisión automatizada es un proceso tecnológico en el que algoritmos creados por humanos se enfrentan a una pregunta o cuestión sobre la que el sistema (de decisión automatizada) posee el poder de tomar una decisión de forma independiente<sup>65</sup>. El RGPD no aporta ninguna definición al respecto, pero sí da algunas luces en su artículo 2.1. al prescribir que dicha normativa se aplica al “[t]ratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”. De este modo, es posible concluir que la toma de decisiones automatizada es alcanzada por el RGPD.

Por otra parte, el artículo 22.1. del RGPD consagra una figura especialísima de toma de decisiones automatizadas, a saber, las *decisiones individuales automatizadas* —o, como la han catalogado ciertas autoridades de control y académicos europeos— “toma de decisiones automatizadas calificadas”<sup>66</sup>. Esta regla, que analizaremos en detalle en el siguiente sub-capítulo, dispone 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

---

<sup>62</sup> BAROCAS, Solon, SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact (2016). En 104 *California Law Review* 671, 2016, p. 674.

<sup>63</sup> KUCH, Paweł. *Taming the algorithm: The right not to be subject to an automated decision in the General Data Protection Regulation*. buch & netz, 2022, p. 94.

<sup>64</sup> BYGRAVE, Lee A. Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling, 2001, en *Computer Law & Security Report*, vol. 17, p. 1.

<sup>65</sup> GALLÉ, Matthias. What Can I Do Now? Guiding Users in a World of Automated Decisions, 2018, en *Xerox Research Centre Europe*, p. 1.

<sup>66</sup> Véase, INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *Right not to be subject to automated decision-making*. Disponible en <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-le-processing/individual-rights/right-not-to-be-subject-to-automated-decision-making/>. Véase también, BARROS VALE, Sebastião; ZANFIR-FORTUNA, Gabriela. Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities. En *Future of Privacy Forum*, 2022.

él o le afecte significativamente de modo similar”. Así, esta disposición vendría en regular una *especie* de decisión automatizada, a saber, una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, que lleve o no aparejada una elaboración de perfiles (“incluida la elaboración de perfiles”) y que produzca efectos jurídicos o afecte significativamente de modo similar al interesado.

En síntesis, el artículo 22.1. instituye una regulación dedicada a las decisiones automatizadas que tengan la aptitud de producir efectos considerables en las personas, estableciendo así un “derecho” a no ser sometidas a ellas, como desarrollaremos en lo sucesivo.

### 3.3. PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 22.1. RGPD

Recordemos, el artículo 22.1. del RGPD dispone 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”. Como se adelantó, este precepto dispone de un marco jurídico especial tendiente a regular una forma específica de toma de decisiones automatizadas, a saber, las *decisiones individuales automatizadas* (“toma de decisiones automatizadas calificadas”).

Esta regla se encuentra establecida en el Capítulo III del RGPD (“Derechos del interesado”) y constituye uno de los varios derechos conferidos al interesado y que ha sido calificado como enigmático, intrigante y con mayor proyección de futuro<sup>67</sup>. No es sorprendente, por ende, que haya servido de fuente de inspiración para la versión modernizada del Convenio 108 de 2018, que en su artículo 9.1.a. incluye el derecho “a no ser objeto de una decisión que le afecte de forma significativa, basada únicamente en un tratamiento automatizado de datos, sin que se tenga en cuenta su opinión”. De hecho, el artículo 22 del RGPD ha sido replicado por variadas normativas no europeas<sup>68</sup>.

No obstante, el origen de este derecho no es atribuible al RGPD. La Directiva 95/46/CE<sup>69</sup> (DPD) ya contenía una regulación análoga —aunque raramente aplicada, mal comprendida y de fácil elusión<sup>70</sup>— en su artículo 15.1., aunque con ciertas diferencias. Dicha Directiva se limitaba a regular la “aplicación” de los perfiles (“decisiones basadas en perfiles”), pero guardó silencio respecto de la “creación” o “elaboración” de los mismos. El RGPD incluye ambas nociones.

Debe aclararse, como sea, que el primer germen de este derecho se encuentra en la legislación francesa, en concreto, en la Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978, relativa al tratamiento de datos, los ficheros de datos y las libertades individuales, que en su artículo 2° establecía una prohibición general contra las decisiones basadas únicamente en decisiones automatizadas que evalúen aspectos personales de los individuos<sup>71</sup>.

La redacción del artículo 22.1. generó un importante debate en la edad temprana del RGPD. La doctrina ha discutido apasionadamente sobre si esta norma debe entenderse como un *derecho* o,

---

<sup>67</sup> Véase, MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 1; VRABEC, Helena U. *Data Subject Rights under the GDPR*, 2021, p. 208.

<sup>68</sup> Por ejemplo, por el Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales de Chile (artículo 8° bis), el Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales de Argentina (artículo 31), el Anteproyecto de Ley Ciudadana de Privacidad y Protección de Datos Personales de Bolivia (artículo 24), la Ley General de Protección de Datos Personales de Brasil (artículo 20), entre otros.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> Véase, MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 2; KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 26.

<sup>71</sup> “Ninguna decisión judicial que implique una evaluación del comportamiento humano podrá basarse en un tratamiento automatizado de información que permita definir el perfil o la personalidad de la persona de que se trate. Ninguna decisión administrativa o privada que implique una evaluación del comportamiento humano podrá basarse únicamente en un tratamiento automatizado de información que permita definir el perfil o la personalidad de la persona de que se trate”.

por el contrario, como una *prohibición general*<sup>72</sup>, debate que cobra sentido a la luz de los efectos jurídicos que se derivan de una u otra postura.

Si el artículo 22.1. se interpreta como una *prohibición*, entonces el responsable del tratamiento se encontraría impedido de efectuar los tratamientos referidos por dicha disposición<sup>73</sup> (salvo que opere alguna excepción del artículo 22.2.). De este modo, los interesados se encontrarían “por defecto” protegidos de este tipo de tratamientos, sin resultar necesaria una acción encaminada a llevar a efecto esta prohibición. Por el contrario, si el artículo en análisis se interpreta como un *derecho*, entonces habría que sostener que el interesado necesitaría realizar una acción conducente a ponerlo en práctica<sup>74</sup>.

Hoy, prima la postura que aboga por su calificación como una *prohibición absoluta, general, directa o calificada*<sup>75</sup>. Algunos han tildado a esta figura legal como una prohibición enmascarada como un derecho<sup>76</sup>. Entre los argumentos que defienden su carácter prohibitivo, destacan aquellos de orden teleológico: una prohibición resulta más adecuada para salvaguardar la privacidad y la protección de datos, como derechos humanos fundamentales, frente al desarrollo tecnológico, porque, en comparación con un derecho, una prohibición no depende de la acción o inacción del interesado<sup>77</sup>.

También bajo una interpretación teleológica, se ha argumentado que el objeto del artículo 22 apunta, entre otras cosas, a proteger la dignidad de los individuos, evitar potenciales efectos negativos de las decisiones automatizadas, asegurar la calidad de las decisiones y proteger el derecho al debido proceso<sup>78</sup>. Por ende, interpretar el artículo 22.1. como una prohibición y no como un derecho implica que los individuos están automáticamente protegidos frente a las posibles consecuencias del tratamiento<sup>79</sup>, interpretación que va en línea con los objetivos generales del RGPD<sup>80</sup>. Una interpretación textual del RGPD también permite llegar a la misma conclusión. Por ejemplo, su considerando 71 establece que “sin embargo, se deben *permitir* las decisiones basadas en tal tratamiento, incluida la elaboración de perfiles, si lo autoriza expresamente el Derecho de la Unión o de los Estados miembros [...], o necesario para la conclusión o ejecución de un contrato [...], o en los casos en los que el interesado haya dado su consentimiento explícito” (el énfasis es nuestro). Según el Grupo de Trabajo del Artículo 29, el empleo de la terminología “permitir” implicaría que el tratamiento referido por el artículo 22.1. no se admite como regla general<sup>81</sup>.

Por otro lado, el artículo 22 no debe considerarse como una *base de licitud* para el tratamiento de datos personales (como lo son, por ejemplo, el consentimiento, el interés legítimo y la necesidad contractual)<sup>82</sup>. La naturaleza del artículo 22.1. del RGPD es ineludiblemente la de una prohibición. Con todo, esta prohibición conoce de ciertas excepciones que se listan en el artículo 22.2. —necesidad contractual, autorización legal y consentimiento explícito— y que deben ir

---

<sup>72</sup> Véase, THOUVENIN, Florent; FRUH, Alfred; HENSELER, Simon. Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?. *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 2022, vol. 8, p. 183.

<sup>73</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>74</sup> MIAO, Michelle. Debating the Right to Explanation: An Autonomy-Based Analytical Framework. En *34 SAclJ*, 2022, 736-762, 2022, p. 9.

<sup>75</sup> Véase, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, pp. 21-22; VRABEC, Helena U. *op. cit.*, p. 205; DREYER, Stephan; SCHULZ, Wolfgang. The general data protection regulation and automated decision-making: Will it deliver. *Bertelsmann Stiftung*, 2019, pp. 18-20; TOSONI, Luca. The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22 (1) of the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, 2021, vol. 11, no 2, pp. 3-5.

<sup>76</sup> HAWATH, Mariam. Regulating Automated Decision-Making: An Analysis of Control over Processing and Additional Safeguards in Article 22 of the GDPR. *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 2021, vol. 7, p. 164.

<sup>77</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>78</sup> PARVIAINEN, Henni. Can algorithmic recruitment systems lawfully utilise automated decision-making in the EU?, en *European Labour Law Journal*, 2022, vol. 13, no 2, p. 230-231.

<sup>79</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, p. 22.

<sup>80</sup> Véanse, considerandos 1, 6, 11 y 71 del RGPD.

<sup>81</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, p. 22.

<sup>82</sup> KUMKAR, Lea Katharina *et al.*, *op. cit.*, p. 291.

siempre acompañadas de *medidas adecuadas* para salvaguardar los derechos y libertades de los interesados<sup>83</sup>. A mayor abundamiento, el artículo 22.4. del RGPD considera una contra excepción por medio de la cual se niega la posibilidad de que las excepciones del artículo 22.2. se invoquen para el tratamiento de *categorías especiales* de datos personales (“datos personales sensibles”), aunque reconoce, a su vez, ciertas excepciones (que se analizarán posteriormente).

Debe consignarse que si el tratamiento no se acomoda con la hipótesis del artículo 22.1. del RGPD, por no tratarse de una decisión automatizada “calificada”, las bases de licitud disponibles serán aquellas dispuestas en el artículo 6 del RGPD. De tratarse categorías especiales de datos personales, deberá, además de invocarse alguna base de licitud del artículo 6 RGPD, esgrimirse una excepción del artículo 9<sup>84</sup>.

Del tenor literal del artículo 22.1. del RGPD, fluyen los siguientes elementos que hacen operativa su prohibición: (i) “todo interesado”, (ii) “decisión”, (iii) “basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles”; y, (iv) “que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”.

El primer elemento —“todo interesado”— hace relación con uno de carácter subjetivo, a saber, el individuo respecto del cual la prohibición opera favorablemente, esto es, el *interesado*. El interesado es titular de este “derecho” (que, como venimos señalando, se ha considerado como una prohibición). La figura del *interesado* se define en el artículo 4.1. del RGPD, como una “persona física identificada o identificable”. Así, la prohibición en comento se hace operativa en torno a este concepto<sup>85</sup>, lo que sugiere que la decisión implique en última instancia el tratamiento de datos personales<sup>86</sup>.

El segundo elemento —existencia de una “decisión”— implica la adopción de una determinada *actitud* o *postura* frente al interesado, la cual debe tener cierto grado de *efecto vinculante* sobre el mismo, en el sentido de que resulte probable que este actúe en consecuencia<sup>87</sup>. Esta conceptualización se basa en una interpretación amplia del término, la cual ha sido sustentada por el Abogado General Pikamäe en el caso SCHUFA<sup>88</sup>. Una decisión puede incluir una conclusión o resolución a la que se llega tras un examen o deliberación<sup>89</sup>. Las decisiones pueden adoptar varias formas, como exigir a la persona que actúe de una determinada manera, o la denegación de una petición concreta de dicha persona<sup>90</sup>.

En general, el término “decisión” requiere de una *interpretación amplia* que abarque cualquier acto o resultado que *modifique o pueda modificar* la situación social, psicológica, económica o jurídica de la persona, incluidos conceptos y términos similares, como planes, sugerencias, propuestas, asesoramiento o descripción de opciones<sup>91</sup>, pero que excluya, por ejemplo, a las meras “recomendaciones” que, en principio, carecerían de un carácter vinculante y, por ende, no aparecerían consecuencias jurídicas o fácticas<sup>92</sup>. Naturalmente, una decisión puede emanar de

---

<sup>83</sup> Así lo requieren los artículos 22.2.b. y 22.3. del RGPD.

<sup>84</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, pp. 13-17.

<sup>85</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>86</sup> Véase, DREYER, Stephan *et al.*, *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>87</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>88</sup> Asunto C-634/21, OQ v Land Hessen, con intervención de: SCHUFA Holding AG [2023], Conclusiones del AG Pikamäe, párrafos 37-38.

<sup>89</sup> KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 87.

<sup>90</sup> HÄUSELMANN, Andreas Nicolas. *Profiling and the GDPR: Harmonised Confusion*, 2018, p. 13.

<sup>91</sup> BAYAMLIOĞLU, Emre. *Transparency of automated decisions in the GDPR: an attempt for systemisation*, p. 6.

<sup>92</sup> Véase, Asunto C-634/21, OQ v Land Hessen, con intervención de: SCHUFA Holding AG [2023], Conclusiones del AG Pikamäe, párrafo 37, citando a BYGRAVE, Lee A., Article 22. Automated Individual Decision-Making, Including Profiling, en Christopher Kuner et al. (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (1ra edición, Oxford University Press 2020), 532.

una autoridad o de un particular. Por ejemplo, a lo largo de la legislación europea pueden hallarse ciertas definiciones del término decisión vinculado al actuar de las autoridades públicas<sup>93</sup>.

A veces pueden surgir dificultades para distinguir las decisiones de otros procesos, como los planes, sugerencias y consejos que pueden servir de base para la toma formal de decisiones<sup>94</sup>. Si bien el RGPD no define expresamente qué debe entenderse por una decisión, su considerando 71 establece que ella puede incluir una “medida” que evalúe aspectos personales relativos al interesado, como la denegación automática de una solicitud de crédito en línea o los servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna<sup>95</sup>. En términos amplios, una “medida” supone cualquier acción que se lleve a cabo para alcanzar un resultado concreto (que puede ser una decisión)<sup>96</sup>.

Como bien lo han denunciado ciertos autores, el RGPD tampoco aclara si la decisión debe ser definitiva o si basta con un paso intermedio<sup>97</sup> o individual en el proceso automatizado<sup>98</sup>. Esto resulta relevante ya que, si la disposición se interpreta restrictivamente, solamente las decisiones definitivas o finales resultarían alcanzadas por la prohibición, mientras que, si se interpreta de manera amplia, las acciones intermedias podrían considerarse decisiones y quedar igualmente sujetas a dicha prohibición<sup>99</sup>.

La segunda postura tiene mayor acogida en la literatura, ya que el concepto de “decisión” ha sido históricamente interpretado de manera amplia (ya desde la Directiva 95/46/CE), a lo que debe sumarse el hecho de que el propio RGPD, en su considerando 71, indica que una decisión puede incluir una “medida”<sup>100</sup>. De hecho, el simple hecho de que una decisión no se etiquete como tal, sino que, por ejemplo, como un “plan” o un “diseño”, no excluiría por sí mismo a la decisión del ámbito de aplicación de la prohibición<sup>101</sup>.

---

<sup>93</sup> Por ejemplo, en el artículo 5.39. del Reglamento (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión: “todo acto de las autoridades aduaneras relativo a la legislación aduanera, mediante el que se pronuncien sobre un caso concreto y que conlleve efectos jurídicos para el interesado”.

<sup>94</sup> HÄUSELMANN, Andreas Nicolas, *op. cit.*, p. 13.

<sup>95</sup> Terminología que se incluía en expresamente en el artículo 20 (“Medidas basadas en la elaboración de perfiles”) de la Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 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 (Reglamento general de protección de datos) /\* COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD).

<sup>96</sup> VERMEULEN, Mathias. *Regulating profiling in the European Data Protection Regulation: An interim insight into the drafting of Article 20*. 2013, p. 8.

<sup>97</sup> Por ejemplo, los sistemas automatizados de reclutamiento de personal pueden incluir clasificaciones, *rankings* o puntuaciones intermedias de los solicitantes, a partir de las cuales se produzcan rechazos. Véase, PARVIAINEN, Henni *op. cit.*, p. 235.

<sup>98</sup> KAMARINOU, Dimitra; MILLARD, Christopher; SINGH, Jatinder. Machine learning with personal data, en *Data protection and privacy: the age of intelligent machines*, 2017, Hart Publishing, p. 12.

<sup>99</sup> PARVIAINEN, Henni *op. cit.*, p. 234.

<sup>100</sup> Véase, BYGRAVE, Lee A., *Article 22...*, *op. cit.*, p. 532; PARVIAINEN, Henni *op. cit.*, p. 234.

<sup>101</sup> BYGRAVE, Lee A. Automated profiling: Minding the machine: Article 15 of the EC data protection directive and automated profiling, en *Computer Law & Security Review*, 2001, vol. 17, no 1, p. 19.

Este enfoque —por el que se incluirían algunos casos de “decisiones intermedias”<sup>102</sup>— ha sido seguido, con ciertas precisiones, por el Abogado General Pikamäe en el caso SCHUFA<sup>102</sup> y por la Corte de Apelaciones de Ámsterdam<sup>103</sup>.

Como lo vimos en lo referente al primer elemento (“todo interesado”), la prohibición hace relación con un elemento subjetivo, a saber, el interesado, figura sobre la cual debe tomarse la decisión o medida. En la práctica, la elaboración de perfiles puede efectuarse tanto respecto de *individuos* como de *grupos o colectivos*<sup>104</sup>. Sin embargo, desde un punto de vista legal, y aunque la frase “todo interesado” incluida en la versión en castellano del artículo 22.1. sugeriría lo contrario, esta prohibición se dirige a las *decisiones individuales*, por contraposición a las *decisiones grupales o colectivas*<sup>105</sup>. Así lo sugiere el artículo 1.1., la *ratione personae* y una interpretación textual del artículo 22 del RGPD<sup>106</sup>, incluido su considerando 71 (“El *interesado* debe tener derecho a no ser objeto de una decisión”). Sin ir más lejos, el *título* del artículo 22 es bastante claro al respecto (“Decisiones *individuales* automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”; el énfasis es nuestro).

Sin embargo, este enfoque resulta bastante limitado y crea un importante desequilibrio entre el tratamiento de las decisiones automatizadas individuales y las colectivas, más aún si se considera el sostenido aumento del uso de las tecnologías de *big data*<sup>107</sup>. Ciertos autores abogan por la inclusión de las decisiones grupales o colectivas, ya que estas deben tomarse como un

---

<sup>102</sup> “(42) En cambio, el aspecto que considero que tiene un papel crucial es el relativo a si el procedimiento de toma de decisiones está concebido de tal manera *que el scoring efectuado por la agencia de información comercial predetermina la decisión de la entidad financiera de conceder o denegar el crédito. En caso de que el scoring se efectúe sin intervención humana alguna que pueda, en su caso, verificar su resultado y la exactitud de la decisión que se va a adoptar respecto del solicitante de crédito, parece lógico considerar que el propio scoring constituye la «decisión» a la que se refiere el artículo 22, apartado 1, del RGPD.*

(43) Suponer lo contrario por el hecho de que la decisión de conceder o denegar el crédito corresponda formalmente a la entidad financiera no solo supondría un formalismo excesivo, sino que no haría justicia en absoluto a las circunstancias concretas de tal supuesto. Esto parece tanto más cierto cuanto que *el artículo 22, apartado 1, del RGPD no obliga en modo alguno a que la «decisión» adopte una forma concreta.* El factor decisivo es el efecto que tiene la «decisión» en el interesado. *Dado que un score negativo, por sí solo, puede producir efectos desfavorables para el interesado, a saber, limitarlo notablemente en el ejercicio de sus libertades, o incluso estigmatizarlo en la sociedad, parece justificado calificarlo de «decisión» en el sentido de la disposición antes citada cuando una entidad financiera le otorgue una importancia fundamental en el procedimiento de toma de decisiones. En efecto, en tales circunstancias, el solicitante de crédito se ve afectado desde la fase de la evaluación de su solvencia por la agencia de información comercial y no solamente en la fase final de la denegación del crédito, en la que la entidad financiera se limita a aplicar el resultado de dicha evaluación al caso concreto”* (el énfasis es nuestro). Véase, Asunto C-634/21, OQ v Land Hessen, con intervención de: SCHUFA Holding AG [2023], Conclusiones del AG Pikamäe.

<sup>103</sup> Corte de Apelaciones de Ámsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2023:793; ECLI:NL:GHAMS:2023:796; ECLI:NL:GHAMS:2023:804. Para mayor información, véase, Davis, Peter and Schwemer, Sebastian Felix, Rethinking Decisions Under Article 22 of the GDPR: Implications for Semi-Automated Legal Decision-Making (June 19, 2023). Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023), held in conjunction with ICAIL 2023, June 19, 2023, Braga, Portugal, p. 7.

<sup>104</sup> NIŠEVIĆ, Maja; SEARS, Alan M.; FOSCH-VILLARONGA, Eduard; CUSTERS, Bart. *Understanding the legal bases for automated decision-making under the GDPR. En Research Handbook on EU Data Protection Law*, Edward Elgar Publishing, 2022. pp. 436-437.

<sup>105</sup> Un ejemplo de decisión colectiva en el ámbito criminal puede venir dado por aquella tomada por policía mediante métodos automatizados para aumentar la vigilancia policial en una zona geográfica determinada. Un ejemplo de decisión colectiva fuera del ámbito criminal sería una decisión sobre precios dinámicos, por la cual se venda un determinado producto a un precio asignado a una categoría de interesados pertenecientes a un determinado tramo de ingresos. Véase, BRKAN, Maja. AI-supported decision-making under the general data protection regulation, en *Proceedings of the 16th edition of the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2017. p. 2.

<sup>106</sup> PARVIAINEN, Henni *op. cit.*, p. 234.

<sup>107</sup> BRKAN, Maja, *op. cit.*, p. 2.

conjunto de decisiones individuales<sup>108</sup>. Otros afirman que los interesados estarían protegidos contra las decisiones basadas en la elaboración de perfiles de grupos cuando ellas afecten significativamente a un *miembro específico* de dicho grupo<sup>109</sup>.

El tercer elemento —existencia de una decisión “basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles”— requiere, para que opere la prohibición en estudio, que la decisión se base “únicamente” en un tratamiento automatizado. Esta redacción plantea desafíos interpretativos. Una interpretación estricta, restrictiva y *textualísima* de este término daría lugar a prácticas que tornarían inoperante esta prohibición en una gran variedad de casos: la simple introducción de intervenciones humanas nominales o simbólicas permitiría burlar la condición de que las decisiones se basen únicamente en un tratamiento automatizado<sup>110</sup>, verificándose una especie de vacío legal o *loophole*<sup>111</sup>. Por el contrario, una interpretación amplia favorecería la efectividad de la prohibición. Bajo este enfoque amplio, sustentado en una interpretación sistemática y teleológica del RGPD<sup>112</sup> —y que se manifiesta como la postura doctrinal mayoritaria, incluso seguida por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (hoy, CEDP<sup>113</sup>)— para que *no* opere la prohibición será perentorio que medie una intervención humana *significativa* en el proceso decisional<sup>114</sup>, por contraposición a una intervención *simbólica*<sup>115</sup>.

Así, el objetivo de este elemento es que los sistemas automatizados sirvan como sistemas de *soporte de decisiones* en vez de sistemas de *toma de decisiones autónomos*, introduciendo la noción del “humano en el bucle” (*human in the loop*)<sup>116</sup>. Por ende, cuando un proceso automatizado simplemente entrega un *input* para una posterior toma de decisiones por parte de un humano, la prohibición no sería de aplicación<sup>117</sup>.

De cualquier modo, y como bien lo ha indicado el CEPD, el responsable del tratamiento no puede obviar las disposiciones del artículo 22 inventándose o fabricándose una participación humana; dicha intervención debe tener una *influencia real en el resultado* para que dicho precepto resulte inaplicable y, además, debe llevarse a cabo por parte de una *persona autorizada y competente para modificar la decisión*, debiendo contar con todos los datos pertinentes<sup>118</sup>. La simple introducción de una *intervención nominal*, por ejemplo, una aprobación burocrática, a ciegas o sistemática (*rubber stamping*), no puede calificarse como una intervención significativa que permita levantar la prohibición del artículo 22<sup>119</sup>.

---

<sup>108</sup> BRKAN, Maja. Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, en *International journal of law and information technology*, 2019, vol. 27, no 2, pp. 99-101.

<sup>109</sup> KAMARINOU, Dimitra, *et al. op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>110</sup> PARVIAINEN, Henni *op. cit.*, p. 235.

<sup>111</sup> Véase, KALTHEUNER; Frederike; BIETTI; Elettra. Data is power: Towards additional guidance on profiling and automated decision-making in the GDPR en *Journal of Information Rights, Policy and Practice*, 2018, vol. 2, no 2, p. 13; BAYAMLIOĞLU, Emre. The right to contest automated decisions under the General Data Protection Regulation: Beyond the so-called “right to explanation”, en *Regulation & Governance*, 2022, vol. 16, no 4, p. 1061; MIAO, Michelle *op. cit.*, p. 10; DAVIS, Peter *et al.*, *op. cit.*, p. 5; BAYAMLIOĞLU, Emre, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>112</sup> PARVIAINEN, Henni, *op. cit.*, p. 236.

<sup>113</sup> Su denominación completa es Comité Europeo de Protección de Datos.

<sup>114</sup> DEMETZOU, Katerina, ZANFIR-FORTUNA, Gabriela; VALE, Sebastião Barros. The thin red line: refocusing data protection law on ADM, a global perspective with lessons from case-law, en *Computer Law & Security Review*, 2023, vol. 49, p. 3.

<sup>115</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, pp. 21-22; VRABEC, Helena U. *op. cit.*, p. 23.

<sup>116</sup> VEALE, Michael; EDWARDS, Lilian. Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling. *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. 34, no 2, p. 400.

<sup>117</sup> DEMETZOU, Katerina *et al.*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>118</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, pp. 21-22; VRABEC, Helena U. *op. cit.*, p. 23.

<sup>119</sup> Véase, DEMETZOU, Katerina *et al.*, *op. cit.*, p. 3; VEALE, Michael *et al.*, *op. cit.*, p. 400.

Una intervención humana, sin embargo, puede resultar ilusoria si se considera la propensión de los humanos a favorecer y depender excesivamente en las sugerencias de los sistemas automatizados de apoyo de decisiones (fenómeno conocido como el “sesgo de automatización”), incluso en contraste con información contradictoria alcanzada sin automatización<sup>120</sup>. Un claro ejemplo de esto viene dado por el caso norteamericano relativo al *software* COMPAS, que establecía una puntuación predictiva sobre la probabilidad de que una persona cometiese un delito en el futuro, puntuación que, si bien era tomada en cuenta por los jueces a la hora de la toma formal de una decisión, resultaba decisiva para que ellos se basaran en la misma, sin advertir en los posibles resultados inexactos, discriminatorios o injustos<sup>121</sup>.

Además, ciertos académicos han señalado que la intervención o supervisión humana no podría calificarse como significativa cuando el tratamiento sea *opaco*, a saber, cuando resulte un proceso de tal complejidad técnica que, como resultado, quienes basan sus decisiones en él no sean conscientes de sus funcionalidades y deficiencias, ni tampoco capaces de cuestionar significativamente la decisión<sup>122</sup>. Así, una intervención humana significativa requiere que el “humano en el bucle” sea capaz de determinar, entre otras cosas, si el perfil en el que se basa la decisión es exacto, justo y no discriminatorio, lo cual no solamente requeriría de conocimientos legales, sino que también técnicos<sup>123</sup>.

Una solución plausible para determinar si una decisión se basa o no únicamente en un tratamiento automatizado puede venir dada por la realización de una *evaluación de impacto relativa a la protección de datos*<sup>124</sup>. En concreto, este documento, exigido obligatoriamente respecto de los supuestos del artículo 22<sup>125</sup>, podría contener información sobre la frecuencia con la que un humano interviene en las decisiones y si su intervención tiene la aptitud o no de cambiar el resultado de la decisión al final<sup>126</sup>, además de otros contenidos mínimos de relevancia, por ejemplo, una *evaluación de riesgos* relativa a los derechos y libertades de los interesados y las *medidas previstas para afrontar los riesgos*, incluidas las garantías, medidas de seguridad y mecanismos que garanticen la protección de datos personales, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de los interesados y de otras personas afectadas<sup>127</sup>.

Es importante consignar que la inclusión de la frase “incluida la elaboración de perfiles” en el artículo 22 debe interpretarse en el sentido de que la decisión automatizada puede o no basarse en aquel tipo de tratamiento. Por otro lado, en ausencia de una toma de decisiones, la elaboración de perfiles, por sí sola, no hace operativa la prohibición del artículo 22, pero sí a otros deberes, como el de los artículos 13 a 15 (a saber, información y acceso a datos personales, como veremos en el Capítulo 3.5.)<sup>128</sup>. En consecuencia, la elaboración de perfiles no puede ser tomada como un elemento independiente de la toma de decisiones automatizada<sup>129</sup>. Sin embargo, esta idea debe tomarse con cautela a la luz de las conclusiones del Abogado General Pikamäe en el caso SCHUFA, donde estableció que el *scoring* (tipo de elaboración de perfiles) realizado por un encargado, y que posteriormente es comunicado al responsable del tratamiento para la toma ulterior de una decisión, constituye de por sí una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado si los valores

---

<sup>120</sup> Véase, KALTHEUNER, Frederike, *et al.*, *op. cit.*, p. 13; EDWARDS, Lilian *et al.*, *op. cit.* p. 45.

<sup>121</sup> CITRON, Danielle. *Fairness of risk scores in criminal sentencing*. Forbes. 2016. Disponible en <https://www.forbes.com/sites/daniellecitron/2016/07/13/unfairness-of-risk-scores-in-criminal-sentencing/> (último acceso: 27 de septiembre de 2024).

<sup>122</sup> KALTHEUNER, Frederike, *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>123</sup> KALTHEUNER, Frederike, *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>124</sup> VEALE, Michael *et al.*, *op. cit.*, p. 401.

<sup>125</sup> Artículo 35.3.a. RGPD.

<sup>126</sup> NIŠEVIĆ, Maja, *et al. op. cit.*, p. 451.

<sup>127</sup> Artículo 35.7. RGPD.

<sup>128</sup> KALTHEUNER, Frederike *et al.*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>129</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, pp. 10-11.

arrojados por dicho *scoring* se determinan en base a datos personales y *resultan de una importancia fundamental en el procedimiento decisonal*<sup>130</sup>.

Finalmente, el cuarto elemento —que la decisión “produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”— establece dos condiciones no cumulativas o, si se prefiere, alternativas, que pueden verificarse individual o conjuntamente para que la prohibición sea operativa<sup>131</sup>. La decisión (i) debe producir “efectos jurídicos” en el interesado y/o (ii) “afectarle significativamente de modo similar”. Ambas circunstancias deben determinarse casuísticamente<sup>132</sup>.

Si bien el RGPD no ofrece una definición de las expresiones “efectos jurídicos” ni “afecte significativamente de modo similar”, el AG Pikamäe ha sostenido que estas fórmulas indican que esta disposición —el artículo 22— solo se refiere a los efectos que tengan una “incidencia grave”<sup>133</sup>. Como corolario, las decisiones que tengan un impacto insustancial o trivial sobre los interesados quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 22<sup>134</sup>.

Según la doctrina especializada, la locución “efectos jurídicos” puede describirse como “todas las cualificaciones establecidas por una norma jurídica, ya sea bajo la forma de obligaciones, permisos, derechos, poderes; o en relación con la condición o estado de una persona, como ciudadano, padre, cónyuge, deudor; o en relación con categorías de cosas (por ejemplo, bienes muebles, instrumentos negociables, dominio público)”<sup>135</sup>. En pocas palabras, un efecto jurídico es uno que puede afectar la situación jurídica de alguien, por ejemplo, modificando o determinando sus derechos o deberes legales<sup>136</sup>, incluso contractuales<sup>137</sup> (lo cual guarda especial interés en lo que concierne a los llamados *Smart contracts*)<sup>138</sup>, derechos preexistentes, derechos humanos y fundamentales (salud, no discriminación, libertad de circulación, libertad de expresión, etc.), derechos procesales civiles, derechos de derecho administrativo<sup>139</sup>, la libertad de asociación entre personas, el derecho a sufragio y el derecho a entablar acciones legales<sup>140</sup>, entre otros<sup>141</sup>.

---

<sup>130</sup> Conclusiones del AG Pikamäe, *OQ v Land Hessen, con intervención de: SCHUFA Holding AG*, Asunto C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, párrafos 42-43.

<sup>131</sup> Esta conclusión fluye de las Conclusiones del AG Pikamäe en el caso SCHUFA: “en la medida en que la tramitación de una solicitud de crédito constituye una fase previa a la celebración de un contrato de préstamo, la denegación de tal solicitud puede tener «efectos jurídicos» para el interesado, ya que este deja de poder disfrutar de una relación contractual con la entidad financiera en cuestión. Por otra parte, se ha de señalar el hecho de que tal denegación también puede afectar a la situación financiera del interesado. Por lo tanto, resulta lógico concluir que esta persona se verá en todo caso afectada «de modo similar» en el sentido de esta disposición”. Véase, Conclusiones del AG Pikamäe, *OQ v Land Hessen...*, op. cit., párrafo 35.

<sup>132</sup> FINCK, Michèle. Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR. en *International Data Privacy Law*, 2019, p. 9.

<sup>133</sup> Conclusiones del AG Pikamäe, *OQ v Land Hessen...*, op. cit., párrafo 33.

<sup>134</sup> MIAO, Michelle, op. cit., p. 12.

<sup>135</sup> BAYAMLIOĞLU, Emre. *The right to contest...*, op. cit., p. 1061.

<sup>136</sup> MENDOZA, Isak et al., op. cit., p. 12.

<sup>137</sup> Véase, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, op. cit., p. 23; BAYAMLIOĞLU, Emre, *Transparency...*, op. cit., p. 13.

<sup>138</sup> Sobre este particular, véase, FINCK, Michèle, op. cit.

<sup>139</sup> MALGIERI, Gianclaudio et al., op. cit., p. 252.

<sup>140</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, op. cit., p. 23.

<sup>141</sup> Algunos ejemplos más generales (descritos como “riesgos para los derechos y libertades de las personas física”) pueden encontrarse en el considerando 75 del RGPD, los cuales pueden calzar dentro de la definición de “efectos jurídicos” o “efectos significativos”, según sea el caso: “Los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse al tratamiento de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento

Por su parte, la expresión “afecte significativamente de modo similar” amplía el ámbito de aplicación de la prohibición a decisiones que, si bien no afectan directamente a la situación jurídica o los derechos de los interesados, se consideran dignas de atención por producir efectos con potencial de, entre otras cosas, “afectar significativamente a las circunstancias, al comportamiento, a las elecciones de las personas afectadas”, “tener un impacto prolongado o permanente en el interesado” o “provocar la exclusión o discriminación de personas”<sup>142</sup>.

Mientras que la fórmula “efectos jurídicos” puede ser interpretada con relativa facilidad mediante un análisis objetivo, lo mismo no puede decirse respecto de la expresión “efectos significativos similares”, que requeriría de la evaluación de elementos más bien subjetivos, por ejemplo, la significancia de los efectos que la decisión puede tener entre los distintos interesados<sup>143</sup>.

Bygrave sostiene que el umbral de efectos significativos debe evaluarse mediante *estándares objetivos inter-subjetivos*, a saber, aquellos que un gran número de personas consideran razonables o bien fundadas<sup>144</sup>. Con todo, el autor sugiere que este análisis debe tomar en cuenta la percepción del propio interesado sobre qué es “significativo” o no, o, dicho de otro modo, el umbral en cuestión debiese hacer referencia al interesado *qua* individuo<sup>145</sup>. Esto abriría la puerta a que los efectos significativos no necesariamente deban limitarse a intereses pecuniarios. Sin embargo, ciertos autores aducen que el artículo 22 del RGPD no incluiría casos de efectos significativos “puramente emocionales”<sup>146</sup>, afirmación con la que no compartimos completamente si se considera el hecho de que variadas legislaciones nacionales contemplan la protección jurídica de la honra y dignidad humana, junto con el derecho a la integridad moral<sup>147</sup>, lo que requeriría analizar el marco normativo aplicable y el alcance y efectos de la propia decisión. Bajo esta lógica, nada obstaría a que ciertas decisiones que afecten a este tipo de derechos y valores puedan asociarse también con el concepto de “efectos legales (i.e. daños morales), por contraposición a los meros “efectos significativos”.

Por lo dicho, esta expresión del artículo 22 del RGPD supone importantes desafíos interpretativos. Así lo han hecho ver ciertas autoridades de control europeas, calificando su literalidad como ambigua y necesitada de clarificaciones<sup>148</sup>. El considerando 71 del RGPD simplemente se limita a dar un par de ejemplos de efectos significativos, a saber, la denegación automática de una solicitud de crédito en línea y los servicios de contratación (léase, “reclutamiento de personal”<sup>149</sup>) en red en los que no medie intervención humana alguna. A nuestro juicio, dichos ejemplos son debatibles.

En cuanto al primero, una denegación automática de una solicitud de crédito, si bien eventualmente puede producir una situación de “fáctica” de discriminación respecto del interesado (hipótesis de “efecto similar” considerada por el Grupo de Trabajo del Artículo 29<sup>150</sup>), también podría provocarla como una cuestión “de derecho” al transgredir, por ejemplo, normativas específicas sobre antidiscriminación en el ámbito del derecho financiero, de consumo o, incluso,

---

de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados”.

<sup>142</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, p. 24.

<sup>143</sup> PARVIAINEN, Henni *op. cit.*, p. 236; KALTHEUNER, Frederike, *et al.*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>144</sup> BYGRAVE, Lee A., Article 22..., *op. cit.*, p. 535.

<sup>145</sup> *Ídem*.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 534.

<sup>147</sup> E.g. artículos 10 y 15 de la Constitución Española.

<sup>148</sup> HÄUSELMANN, Andreas Nicolas, *op. cit.*, p. 16.

<sup>149</sup> La versión en castellano del RGPD habla de “servicios de contratación en red”, mientras que, por ejemplo, la versión en inglés se refiere a la expresión “e-recruiting practices” (prácticas de reclutamiento electrónico).

<sup>150</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, p. 24.

normas de carácter general que repriman la discriminación arbitraria. La misma lógica puede aplicarse al segundo ejemplo: una decisión automatizada por la que se descarta a un candidato a un puesto de trabajo podría calificar, en ciertos casos, como una con “efectos legales” (en contraposición a una con “efectos significativos”), porque, entre otras eventualidades, dichos mecanismos podrían transgredir normas de antidiscriminación (laborales o generales), o incluso prohibiciones nacionales o requisitos concretos que exijan, por ejemplo, una intervención humana, una auditoría previa de sesgos o una medida análoga. Así, contrario a lo que concluye cierta parte de la doctrina<sup>151</sup>, el hecho de que una persona no tenga un “derecho a ser aceptada a un puesto de trabajo” no implica necesariamente que la decisión no tenga efectos jurídicos, ya que, sin perjuicio del interés legítimo de las personas en ser evaluadas con lealtad, equidad y no ser discriminadas durante la contratación (cuya afectación implicaría un efecto significativo)<sup>152</sup>, lo cierto es que la transgresión de una norma directa o indirectamente establecida en su favor (por ejemplo, de antidiscriminación, o que prohíba que se le someta a un proceso de reclutamiento eminentemente automatizado) implicaría de por sí un efecto con connotaciones jurídicas. Otros ejemplos de decisiones con “efectos significativos” pueden encontrarse en el considerando 75 del RGPD, aunque ellos podrían también catalogarse como “efectos jurídicos”, dependiendo del caso concreto<sup>153</sup>.

Esta lógica es aparentemente seguida por el Centre for Information Policy Leadership (CIPL) en sus comentarios sobre las Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre el artículo 22. En dicho documento se incluye un listado de varias formas de decisiones (con efectos legales y con efectos significativos), y aclara que varias de las decisiones que *a priori* podrían considerarse producir efectos significativos, “dependiendo del régimen legal aplicable y de la decisión concreta”, podrían tomarse como decisiones con efectos jurídicos<sup>154</sup>. En efecto, el CIPL ha sugerido el siguiente catálogo:<sup>155</sup>

<b>Decisiones con efectos legales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decisiones que afecten el estado jurídico de las personas;</li> <li>• Decisiones que afecten a los derechos de las personas;</li> <li>• Decisiones que afecten a los derechos públicos, por ejemplo, libertad, ciudadanía, seguridad social;</li> <li>• Decisiones que afecten a los derechos contractuales de una persona;</li> <li>• Decisiones que afecten a los derechos de propiedad de una persona.</li> </ul>
---------------------------------------	---

<sup>151</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>152</sup> MALGIERI, Gianclaudio *et al.*, *op. cit.*, p. 253.

<sup>153</sup> “Los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse al tratamiento de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados”.

<sup>154</sup> CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP. *Comments by the Centre for Information Policy Leadership on the Article 29 Data Protection Working Party’s “Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling” adopted on 3 October 2017*, 2017, p. 6.

<sup>155</sup> *Ídem*.

<b>Decisiones con efectos significativos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decisiones que afecten la elegibilidad y el acceso de una persona a los servicios esenciales, p. salud, educación, banca, seguros;</li> <li>• Decisiones que afectan la admisión de una persona a un país, su residencia o ciudadanía;</li> <li>• Decisiones que afectan la admisión a escuelas y universidades;</li> <li>• Decisiones basadas en la puntuación de pruebas educativas o de otro tipo, p. admisiones universitarias, aptitudes laborales, inmigración;</li> <li>• Decisión de clasificar a una persona física en un determinado tramo fiscal o aplicar deducciones fiscales;</li> <li>• Decisión de promover o pagar un bono a un individuo;</li> <li>• Decisiones que afectan el acceso de un individuo a los servicios de energía y determinación de tarifas.</li> </ul>
<b>Decisiones que no producen efectos legales ni significativos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decisiones que garanticen la seguridad de la red, la información y los activos, y que eviten los ciberataques;</li> <li>• Decisiones para someter a observación a los dispositivos comprometidos, restringir su acceso a la red o bloquearlos;</li> <li>• Decisiones para bloquear el acceso a direcciones y dominios web maliciosos y la entrega de correos electrónicos y archivos adjuntos maliciosos;</li> <li>• Decisiones para la detección y prevención del fraude (por ejemplo, herramientas antifraude que rechacen las transacciones fraudulentas sobre la base de una alta puntuación de fraude);</li> <li>• Decisiones basadas en el análisis predictivo en recursos humanos para identificar a potenciales trabadores que abandonen el empleo y ofrecerles incentivos para que se queden;</li> <li>• Decisiones basadas en el análisis predictivo para anticipar la probabilidad y la naturaleza de las reclamaciones de los clientes y ofrecerles un servicio proactivo de atención;</li> <li>• Formas normales y comúnmente aceptadas de publicidad dirigida;</li> <li>• Medición de audiencia web y de los dispositivos para garantizar el cumplimiento de las normas de las agencias de publicidad (p. ej., requisitos de no publicitar alimentos con alto contenido en grasas, azúcar y sodio cuando la audiencia está formada por más de un 25% de niños).</li> </ul>

Por su parte, el CEPD también ha identificado ciertos supuestos decisiones con y sin efectos legales y significativos:<sup>156</sup>

<b>Decisiones con efectos legales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decisiones que afecten el derecho de asociación;</li> <li>• Decisiones que afecten el derecho a voto;</li> <li>• Decisiones que afecten el derecho a entablar acciones legales;</li> <li>• Decisiones que afecten el estatus jurídico de una persona;</li> <li>• Decisiones que afecten los derechos derivados de un contrato;</li> <li>• Decisiones que puedan provocar la cancelación (terminación) de un contrato;</li> </ul>
---------------------------------------	---

<sup>156</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, pp. 23-25.

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decisiones que puedan provocar el otorgamiento o denegación de una determinada prestación social concedida por ley, como un subsidio familiar o de vivienda;</li> <li>• Decisiones que puedan provocar la denegación de admisión en un país o la denegación de ciudadanía.</li> </ul>
<b>Decisiones con efectos significativos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decisiones que afecten a las circunstancias financieras de una persona, como su elegibilidad para un crédito;</li> <li>• Decisiones que afecten al acceso de una persona a los servicios sanitarios;</li> <li>• Decisiones que denieguen a una persona una oportunidad laboral o que la coloquen en gran desventaja;</li> <li>• Decisiones que afecten al acceso de una persona a la educación, por ejemplo, su ingreso en la universidad;</li> <li>• Decisiones automatizadas que provoquen diferencias de precios sobre la base de datos o características personales, generando precios “prohibitivamente elevados” que impidan que una persona acceda a determinados bienes o servicios.</li> </ul>
<b>Decisiones que no producen efectos legales ni significativos</b>	Ciertos casos de decisiones de presentar publicidad dirigida basada en la elaboración de perfiles, por ejemplo, anuncios en línea basados en un sencillo perfil demográfico: «mujeres de la región de Bruselas con edades comprendidas entre los 25 y los 35 años que probablemente estén interesadas en la moda y en determinadas prendas de vestir».

Respecto de los varios ejemplos de decisiones con “efectos significativos” dados por el CEPD, insistimos en la idea de que algunas de ellas eventualmente podrían considerarse como decisiones con “efectos legales”. Ello que dependerá, como bien sostiene el CIPL, del régimen legal aplicable y de la decisión específica<sup>157</sup>.

En cuanto al único ejemplo del CEPD sobre decisiones que no producen efectos legales ni significativos —i.e. ciertos casos de publicidad dirigida— compartimos con el escepticismo planteado por algunos académicos en torno a que la gran mayoría de las publicidades dirigidas excede las expectativas de los consumidores dado su alto nivel de intrusión y persuasión, lo que se agrava por su potencial de ocasionar exclusión y discriminación<sup>158</sup>, especialmente cuando las decisiones algorítmicas involucran a grupos minoritarios o personas vulnerables<sup>159</sup>. De hecho, curiosamente es el propio CEPD el que hace hincapié sobre este particular<sup>160</sup>. Por ende, concluir a rajatabla que dicho tipo de decisiones no tendría efectos jurídicos ni significativos es, a lo menos, debatible.

Bajo este contexto, y si bien cobra sentido la aclaración del Grupo de Trabajo del Artículo 29 cuando señala que la publicidad dirigida *podría* tener efectos significativos dependiendo de las características particulares del caso, como (i) el *nivel de intrusismo* del proceso de elaboración de

<sup>157</sup> Piénsese, por ejemplo, en el caso de la fijación, modificación o diferenciación algorítmica de precios basada en características personales especialmente protegidas por las normativas de protección de datos personales y las leyes de antidiscriminación. Bajo este contexto, la modificación algorítmica de precios no solamente puede resultar relevante jurídicamente por el hecho de basarse en categorías especiales de datos personales protegidas por la ley, sino que también por tener la aptitud de contrariar normativas de diversa índole, por ejemplo, de antidiscriminación, libre competencia, entre otras.

<sup>158</sup> KALTHEUNER, Frederike, *et al.*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>159</sup> MIAO, Michelle *op. cit.*, p. 12.

<sup>160</sup> “Un tratamiento que pueda tener poco impacto sobre las personas en general podría tener de hecho un efecto significativo en determinados grupos de la sociedad, como grupos minoritarios o adultos vulnerables. Por ejemplo, alguien que tenga o que pueda tener dificultades financieras y que reciba anuncios de préstamos a tipos de interés elevados podría suscribirse a estas ofertas y posiblemente aumentar su deuda”. Véase, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, p. 24.

perfiles, incluido el seguimiento de las personas en diferentes sitios web, dispositivos y servicios; (ii) las *expectativas y deseos* de las personas afectadas; (iii) la *forma en que se presenta el anuncio*; o (iv) el *uso de conocimientos sobre las vulnerabilidades* de los interesados<sup>161</sup>, un análisis cauteloso no debe cerrar la puerta a la posibilidad de adscribir eventuales efectos jurídicos a este tipo de decisiones, más considerando el escepticismo formulado en el párrafo anterior.

Tales criterios —(i) a (iv)— deben colacionarse con lo expuesto en el considerando 71 del RGPD, que detalla que el tratamiento automatizado de datos personales subyacente a las decisiones puede incluir la elaboración de perfiles de los individuos tendiente a evaluar aspectos personales relativos a una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado, en la medida en que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

También se ha sugerido que las decisiones automatizadas deben ser adoptadas de un modo que garantice la lealtad y exactitud tanto procedural como substantiva, en el sentido de que, respecto a hechos iguales o comparables, se tomen de acuerdo con un mismo procedimiento automatizado (lealtad procedural) y que no resulten discriminatorias de modo alguno, especialmente sobre la base de algoritmos (lealtad substantiva)<sup>162</sup>.

### 3.4. EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 22.2. RGPD

Como vimos, el artículo 22.1. RGPD establece una *prohibición* sobre las decisiones individuales automatizadas. Ya que este precepto no hace distinción alguna, la prohibición se extiende a todas las categorías de datos personales.

Además, el considerando 71 del RGPD dispone que estas decisiones *no deben afectar a los menores de edad*, lo cual ha causado ciertas dudas interpretativas dado que el texto del artículo 22 omite una prescripción similar. Al respecto, el CEPD ha fundamentado que, si bien el artículo 22 no hace distinciones entre adultos y niños (menores), la prohibición no debe tomarse como una *prohibición absoluta* respecto a estos últimos, recomendando que, por lo general, los responsables del tratamiento no basen sus decisiones respecto a ellos en las excepciones del artículo 22.2.<sup>163</sup>

El artículo 22.2. formula tres hipótesis de excepción a la prohibición de toma de decisiones individuales automatizadas, a saber, cuando la decisión (i) es *necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento*; (ii) está *autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros*; y, (iii) se basa en el *consentimiento explícito* del interesado<sup>164</sup>. En cualquiera de esos casos, la prohibición no aplicará.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 22.4. consagra una contra excepción: las decisiones tomadas en virtud de alguna de las excepciones anteriores no pueden basarse en las *categorías especiales de datos personales* (“datos personales sensibles”), *salvo* que se aplique alguna de las excepciones del apartado 2, letras a) o g), se invoque además una base de licitud del artículo 6 del RGPD<sup>165</sup> y se hayan tomado *medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado* (sobre estas medidas haremos referencia en el Capítulo 3.6. de este trabajo).

---

<sup>161</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>162</sup> BRKAN, Maja, *AI-supported...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>163</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, p. 31.

<sup>164</sup> Sobre este particular, es importante recordar que las excepciones deben interpretarse restrictivamente. Véase, HÄUSELMANN, Andreas Nicolas, *op. cit.*, p. 18.

<sup>165</sup> Como bien lo expresa el GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, para tratar categorías especiales de datos personales, no basta con invocar una excepción del artículo 9 del RGPD, sino que también debe esgrimirse una condición específica de su artículo 6. Véase, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *op. cit.*, p. 16.

La primera excepción establece que la prohibición del artículo 22.1. no se aplicará si la decisión “es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento” (artículo 22.2.a.). De acuerdo con el CEPD, esta excepción, que también puede ser invocada para procesos *precontractuales*, requiere que el responsable del tratamiento demuestre que este tipo de tratamiento es *necesario* para la celebración o ejecución de un contrato, *teniendo en cuenta si se puede adoptar un método menos invasivo para la intimidad*<sup>166</sup>. El mero hecho de que el tratamiento se haya impuesto contractualmente por el responsable no significa que el tratamiento sea necesario para dicho contrato<sup>167</sup>. Por ende, el concepto de necesidad debe interpretarse restrictivamente<sup>168</sup>. Algunos agregan que el criterio de necesidad requiere de la consideración de los *beneficios mutuos y las expectativas de las partes*<sup>169</sup>. Por ejemplo, las indicaciones genéricas de necesidad, tales como el “aumento en la eficiencia de un sistema”, no podrían considerarse plausibles tomando en cuenta que aquello solamente tornaría más invasivo el tratamiento<sup>170</sup>. La intensidad, el alcance de la elaboración de perfiles y la naturaleza del contrato también son factores relevantes<sup>171</sup>.

La segunda excepción tiene lugar cuando la decisión “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” (artículo 22.2.b.). Al efecto, el considerando 71 entrega como ejemplos las decisiones automatizadas (incluida la elaboración de perfiles) *con fines de control y prevención del fraude y la evasión fiscal*. El considerando 73, por su parte, contempla la posibilidad de que el Derecho de la Unión o de los Estados miembros pueda imponer restricciones, entre otras cuestiones, al “derecho” del artículo 22 en la medida en que sea necesario y proporcionado en una sociedad democrática para salvaguardar la seguridad pública, incluida la protección de la vida humana, especialmente en respuesta a catástrofes naturales o de origen humano, la prevención, investigación y el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales. Algunos sostienen que la prevención del blanqueo de capitales y las prácticas del tipo *know your customer* podrían verse incluidas en esta excepción en un futuro<sup>172</sup>. A modo de ejemplo, la Ley Federal de Protección de Datos Personales de Alemania (*Bundesdatenschutzgesetz*, BDSG) contiene una excepción de este tipo en relación con el ámbito asegurador<sup>173</sup>.

---

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>167</sup> Al respecto, el CEPD afirma que la base de licitud de necesidad contractual “no es un fundamento jurídico apropiado para elaborar un perfil de los gustos y las opciones de estilo de vida del usuario, basado en su recorrido por un sitio web y en los artículos adquiridos. Ello se debe a que el responsable del tratamiento de los datos no ha sido contratado para elaborar perfiles, sino para entregar bienes y ofrecer servicios concretos, por ejemplo. Incluso si estas actividades de tratamiento se mencionan de manera específica en la letra pequeña del contrato, este hecho por sí solo no las convierte en «necesarias» para la ejecución del contrato”. Véase, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *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*, Adoptado el 9 de abril de 2014. 844/14/ES WP 217, p. 20; véase también, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices 2/2019 sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD en el contexto de la prestación de servicios en línea a los interesados*. Versión 2.0 8 de octubre de 2019, p. 12. Otro ejemplo de decisión automatizada que no podría justificarse en la regla de necesidad contractual viene dado por la fijación o asignación dinámica de precios por parte de las aerolíneas. Véase, BRKAN, Maja, *Do algorithms...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>168</sup> Véase, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Dictamen 06/2014...*, *op. cit.*, p. 20; BAYAMLIOĞLU, Emre, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>169</sup> BAYAMLIOĞLU, Emre, *The right to contest...*, *op. cit.*, p. 1061.

<sup>170</sup> GUINCHARD, Audrey. Contextual Integrity and EU Data Protection Law: Towards a More Informed and Transparent Analysis (March 6, 2017) now published at 2018 *European Law Journal* 1-24, p. 12.

<sup>171</sup> BAYAMLIOĞLU, Emre, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>172</sup> HÄUSELMANN, Andreas Nicolas, *op. cit.*, p. 18.

<sup>173</sup> Véase, § 37 (Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling) de la Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU); para mayor información, véase, BRKAN, Maja, *Do algorithms ...*, *op. cit.*, p. 12.

La tercera excepción opera cuando la decisión “se basa en el consentimiento explícito del interesado” (artículo 22.2.c.). Este tipo de consentimiento —“explícito”— no se encuentra definido en el RGPD, a diferencia de lo que ocurre con el consentimiento “general” u “ordinario”, definido en el artículo 4.11. como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen” y respecto del cual ciertas luces pueden obtenerse a la luz de los artículos 7 y 8, y considerandos 32, 33, 42 y 43 del RGPD. El consentimiento “explícito” es simplemente mencionado en el artículo 9.2.a. del RGPD como una excepción a la prohibición de tratamiento de las “categorías especiales de datos personales” (“datos personales sensibles”).

Debido a esta ausencia de definición legal, el CEPD ha establecido ciertas pautas respecto de la figura del consentimiento explícito. Por ejemplo, sostiene que este tipo de consentimiento es requerido en determinadas situaciones en las que existe un *grave riesgo en relación con la protección de los datos* y en las que se considera adecuado que exista un *elevado nivel de control sobre los datos personales*<sup>174</sup>, como ocurre en los casos de (i) tratamiento de categorías especiales de datos personales, (ii) en las disposiciones sobre la transferencia de datos a terceros países u organizaciones internacionales en ausencia de garantías adecuadas, y (iii) en caso de las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. En concreto, el CEPD sostiene que el término “explícito” se refiere a *la manera en que el interesado expresa el consentimiento*, por ejemplo, mediante una declaración expresa o escrita, o a través de la firma de una declaración escrita, o rellenando un impreso electrónico, enviando un correo electrónico, cargando un documento escaneado con su firma o utilizando una firma electrónica; también mediante declaraciones verbales (lo que implicaría sus grabaciones), la verificación de consentimiento en dos fases, entre otras modalidades<sup>175</sup>. En el ámbito de las decisiones del artículo 22, el consentimiento explícito debe incluir una declaración de voluntad específica sobre la decisión y la elaboración de perfiles, debiendo distinguirse estas circunstancias de otros tratamientos<sup>176</sup>.

De todo lo antedicho, puede concluirse, *a priori*, que las excepciones de necesidad contractual (22.2.a. RGPD) y la de consentimiento explícito (22.2.c. RGPD) agregarían un mayor grado de control de los datos personales, ya que ambas reglas se reconducen, en mayor o menor medida, a la voluntad del interesado, quien tendría últimamente cierta influencia sobre las decisiones. Pese a ello, esta conclusión es apresurada. Por ejemplo, respecto de la regla de necesidad contractual, naturalmente puede ocurrir que en el ámbito negocial exista un desequilibrio entre las partes. Este desequilibrio puede conllevar a que el responsable explote esta ventaja estructural a la hora de formular (unilateralmente) el objeto y los distintos elementos del contrato, lo que naturalmente podría incidir sobre qué decisiones automatizadas son o no necesarias<sup>177</sup>. La base jurídica de necesidad contractual también podría ser problemática cuando el “interesado promedio” no comprenda realmente el objeto contractual, ni su naturaleza, justificación y elementos, o cuando las perspectivas y expectativas de las partes no sean recíprocas<sup>178</sup>.

De modo similar, pueden extenderse críticas a la regla del consentimiento explícito. Si bien el consentimiento encarnaría el derecho a la autodeterminación informativa<sup>179</sup> y la necesidad de control individual sobre los datos personales<sup>180</sup>, lo cierto es que recabar un consentimiento

---

<sup>174</sup> Véase, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 adoptadas el 28 de noviembre de 2017 revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018*, 17/ES WP259 y rev.01, p. 20. Véase también, GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, op. cit., p. 26.

<sup>175</sup> Véase, Grupo de trabajo del artículo 29, *Directrices sobre el consentimiento...*, op. cit., p. 21.

<sup>176</sup> NIŠEVIĆ, Maja, et al. op. cit., pp. 446-447.

<sup>177</sup> DREYER, Stephan, et al., op. cit., p. 20.

<sup>178</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices 2/2019...*, op. cit., p. 11.

<sup>179</sup> LAGIOIA, Francesca; SARTOR, Giovanni. *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, 2020, p. 41.

<sup>180</sup> Véase, TENE, Omer; POLONETSKY, Jules. Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics. En *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2012, vol. 11, p. xxvii.

adecuadamente *informado* en el contexto de la toma de decisiones algorítmicas y la elaboración de perfiles es una tarea extremadamente compleja. Ello debido a las dificultades técnicas para explicar, por parte de los responsables, y para entender, por parte de los interesados, la lógica subyacente de dichos procesos y los propios riesgos o posibles efectos jurídicos y significativos asociados, a lo cual debe agregarse el hecho de que el consentimiento generalmente se enmarca en relación con el tratamiento de datos personales “conocidos” por el usuario, pero no a los datos que revela inconscientemente<sup>181</sup>. El simple hecho de que los usuarios prácticamente no lean las políticas de privacidad pone en tela de juicio la efectividad de esta tradicional regla.

Finalmente, no debe perderse de vista que, incluso cuando el responsable pueda invocar alguna de las excepciones del artículo 22.2. del RGPD, las decisiones basadas en ellas no pueden basarse en categorías especiales de datos personales. En efecto, el artículo 22.3. dispone de una contra excepción, la cual solamente puede ser enervada cuando sean de aplicación las reglas del artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.

Sea cual sea la excepción en la que se base el responsable del tratamiento para tomar una decisión automatizada (sean las del artículo 22.1. o las del artículo 22.4.), deberá implementar, obligatoriamente, “medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”. Mientras que en el caso de la excepción de autorización legal (artículo 22.2.b.), estas medidas deben establecerse por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, en las hipótesis de necesidad contractual (artículo 22.2.a.) y de consentimiento explícito (artículo 22.2.c.) estas medidas se contemplan en el artículo 22.3., e incluyen, “como mínimo”, el derecho a *obtener intervención humana* por parte del responsable, a *expresar su punto de vista* y a *impugnar la decisión*.

Sin embargo, como se verá en el Capítulo 3.6., el considerando 71 del RGPD reconoce una serie de medidas adicionales no contenidas “positivamente” en el texto del artículo 22.3., a saber, el *derecho de explicación*, por un lado, y ciertos procedimientos y medidas técnicas y organizativas tendientes a garantizar el tratamiento leal y transparente, por el otro.

### 3.5. DEBERES DE TRANSPARENCIA Y DERECHO DE ACCESO

Previo a analizar las medidas exigidas por los artículos 22.3. y 22.4., que se traducen en requisitos perentorios para la toma de decisiones individuales automatizadas (basadas o no en la elaboración de perfiles), conviene hacer referencia a los *deberes de transparencia*, regulados en los artículos 13 y 14 del RGPD y al derecho de acceso, contemplado en su artículo 15. Este análisis servirá para determinar con precisión el sentido y alcance de estas obligaciones de transparencia y el derecho de acceso en contraste con aquellos del “derecho de explicación”, que es el objeto de estudio de este trabajo y cuyo análisis se llevará a cabo en los Capítulos 3.6. y especialmente en el Capítulo 4.

En general, los deberes de transparencia y el derecho de acceso se sustentan en un principio básico del RGPD, a saber, el *principio de licitud, lealtad y transparencia* del artículo 5.1.a., que consagra que los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado. Las obligaciones de transparencia se basan en la idea de que cuanto más sepa el interesado sobre *quién* está intentando procesar *qué datos personales* y con *qué finalidad*, antes podrá ejercer su derecho a la autodeterminación informativa<sup>182</sup>. Si bien el artículo 5.1.a. no aporta directrices sobre qué implica la transparencia en el tratamiento, ciertas pautas pueden encontrarse a lo largo del RGPD, por ejemplo, en su considerando 39<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Véase, NIŠEVIĆ, Maja, *et al. op. cit.*, p. 244.

<sup>182</sup> DREYER, Stephan *et al.*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>183</sup> “Para las personas físicas debe *quedar totalmente claro* que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda *información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender*, y que se utilice un lenguaje sencillo

La transparencia, genéricamente entendida, es un requisito que se extiende a toda actividad de tratamiento de datos personales, incluso si dicha actividad no se enmarca en el artículo 22<sup>184</sup>. Con todo, la transparencia puede adoptar modalidades especiales o, dicho de otro modo, formas más estrictas dependiendo de la naturaleza del tratamiento. Esta lógica se aplica especialmente a las decisiones individuales automatizadas tomadas en base a las excepciones del artículo 22. Por ejemplo, los artículos 13.2.f. y 14.2.g. (deberes de transparencia) aportan elementos *más rigurosos* al deber de transparencia “general” (de los artículos 13 y 14) cuando se verifica una toma de decisiones del artículo 22. En concreto, dichas normas exigen que se entregue al interesado información sobre “la *existencia de decisiones automatizadas*, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, *información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado*” (el énfasis es nuestro). Algo similar ocurre con el derecho de acceso del artículo 15.1.h., que dispone que el interesado tiene derecho —además de la información general del artículo 15— a ser informado sobre “la *existencia de decisiones automatizadas*, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, *información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado*”.

Los deberes de transparencia —de los artículos 13.2.f. y 14.2.g.— son exigibles en *distintas temporalidades*. El artículo 13.2.f. se aplica cuando los datos personales *se obtengan directamente del interesado*, y es exigible en el momento en que los datos personales se obtengan. Por su lado, el artículo 14.2.g. opera cuando los datos personales *no se hayan obtenido del interesado*, sino que de otras fuentes o de terceros, y exige que la información se facilite, ya sea, (i) dentro de un plazo razonable, una vez obtenidos los datos personales, y a más tardar dentro de un mes, habida cuenta de las circunstancias específicas en las que se traten dichos datos; (ii) a más tardar en el momento de la primera comunicación a dicho interesado, si los datos personales han de utilizarse para comunicación con el interesado; o, (iii) a más tardar en el momento en que los datos personales sean comunicados por primera vez, si está previsto comunicarlos a otro destinatario.

Como se puede apreciar, si bien ambos artículos establecen períodos de tiempo diversos en los que debe presentarse la información, todas dichas instancias confluyen en que ella debe ser facilitada *de forma previa a la decisión*. Al menos así lo ha interpretado casi unánimemente la doctrina especializada, indicando que estos deberes cristalizarían obligaciones de información *ex ante* a una decisión sobre *cómo funciona* un sistema automatizado de toma de decisiones en general (la “lógica aplicada”; e.g. el árbol de decisiones o reglas) y cuál sería la *importancia e impacto previsto* respecto del interesado<sup>185</sup>.

En cuanto al derecho de acceso, que no está sujeto a un plazo específico de ejercicio, sino que, por el contrario, puede ejercitarse en *cualquier momento*, pareciera tener un ámbito de

---

y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la *identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento*. Las personas físicas deben tener *conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales* así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento. En particular, los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser *explícitos* y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida. Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados” (las cursivas son nuestras).

<sup>184</sup> Esto fluye con claridad de lo establecido en el considerando 60 del RGPD, que dispone que el responsable “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”. En concreto, este considerando sugiere que los deberes de información no se limitarían a la toma de decisiones automatizadas (basadas o no en la elaboración de perfiles), sino que abarcaría incluso la elaboración de perfiles en general: “Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración”.

<sup>185</sup> Véase, MALGIERI, Gianclaudio *et al.*, *op. cit.*, p. 246; WACHTER, Sandra *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

aplicación más amplia que los deberes de transparencia de los artículos 13 y 14, en el sentido de que facultaría al interesado, tanto *ex ante* como *ex post* a una decisión, a obtener información sobre la misma (incluida la elaboración de perfiles) y sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas (artículo 15.1.h.). El hecho que el derecho de acceso permita acceder a dicha información de manera *ex post* a una decisión, implicaría que, a diferencia de los deberes de información, la información sobre la “lógica aplicada” no se limite al mero funcionamiento de un sistema en general, sino que a los parámetros específicos utilizados en una decisión *ya adoptada*. Esta postura es defendida por varios autores<sup>186</sup>. Por ejemplo, Mendoza y Bygrave sostienen que el hecho de que uno tenga un derecho a saber sobre la “existencia” de la toma de decisiones automatizadas, incluiría las nociones de “decisiones ya tomadas”<sup>187</sup>. Además, agregan que la expresión “consecuencias previstas” de la toma de decisiones apuntaría también a las consecuencias prácticas de una decisión adoptada<sup>188</sup>. Con todo, otros autores argumentan en un sentido diverso. Wachter *et al.* sostienen que la fórmula “consecuencias previstas” pareciera “orientarse hacia el futuro”<sup>189</sup>. Sin embargo, Edwards y Veale refutan dicha lógica trayendo a colación el considerando 63 del RGPD (relativo al derecho de acceso), que no emplea la palabra “previstas”<sup>190</sup>.

De todo lo dicho, puede decirse que el RGPD incluye un conjunto de deberes y derechos informativos que permiten al interesado tomar conocimiento de ciertos aspectos de las decisiones del artículo 22. A este conjunto de reglas —que van desde el artículo 13 al 15— se ha le ha calificado como una especie de “Carta Magna” informativa<sup>191</sup>.

Ahora, bien, debemos delimitar el alcance de los deberes informativos especiales de los artículos 13.2.f., 14.2.g. y 15.1.h. ¿A qué se refieren estos preceptos con las fórmulas (i) *existencia de decisiones automatizadas*, (ii) *información significativa sobre la lógica aplicada*, (iii) *la importancia*, y (iv) *las consecuencias previstas* del tratamiento?

### 3.5.i. Información sobre la “existencia de decisiones automatizadas”.

En el caso de los deberes de transparencia de los artículos 13.2.f. y 14.2.g., el CEPD concluye que la frase en análisis implica que el responsable debe entregar información *sobre el hecho de que está realizando este tipo de actividad*<sup>192</sup>. Así, pareciera evidente que esta información solamente puede entregarse de forma genérica, esto es, solo en relación con la *mera existencia, implementación o despliegue* de mecanismos de toma de decisiones del artículo 22 (incluida la elaboración de perfiles), pero no respecto de *decisiones específicas ya adoptadas*. En consecuencia, esta información debe entregarse *ex ante* a dichas decisiones.

Por otro lado, el CEPD sostiene que —partiendo sobre la base de que el responsable ya ha provisto al interesado con la información sobre el hecho de que está implementando mecanismos de decisiones automatizadas (artículos 13.2.f. y 14.2.g.)— el derecho de acceso del artículo 15.1.h. debe interpretarse en el sentido de permitir al interesado acceder a información sobre una *decisión automatizada específica ya adoptada*<sup>193</sup>. Si bien el CEPD no lo menciona expresamente, creemos que naturalmente el interesado tiene derecho, además, a acceder a información sobre la *mera existencia de mecanismos de decisiones automatizadas*, lo cual resulta lógico a la luz del tenor literal del artículo 15.1.h. que permite ejercer este derecho en cualquier momento. Una interpretación teleológica (*effet utile*) del RGPD sustentaría esta conclusión, ya que naturalmente podría ocurrir que el responsable haya omitido informar al interesado sobre la existencia o implementación de mecanismos de toma de decisiones automatizadas en virtud de los artículos

<sup>186</sup> Véase, EDWARDS, Lilian *et al.*, *op. cit.*, p. 52; MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 16; CUSTERS, Bart *et al.*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>187</sup> MENDOZA *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>188</sup> *Ídem*.

<sup>189</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>190</sup> EDWARDS, Lilian *et al.*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>191</sup> SCHMIDT-WUDY, Florian, ‘DS-GVO Art. 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person’, en Wolff and Brink (eds), *Datenschutz-Grundverordnung* (18th edn, beck-online 2016) Rn. 2.

<sup>192</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 30.

13.2.f. y 14.2.g. Así, el derecho de acceso puede verse como una herramienta de verificación del cumplimiento de dichos deberes. Por ende, bien podría concluirse que el derecho de acceso brinda la posibilidad al interesado de acceder a esta información de manera *ex ante* y *ex post* a una decisión.

### 3.5.ii. “Información significativa sobre la lógica aplicada”.

Tanto por vía de los deberes de transparencia como por medio del derecho de acceso, el RGPD requiere que se entregue información “significativa” sobre la “lógica aplicada”. Para que esta información sea ofrecida adecuadamente, será necesario que el propio responsable sea capaz de comprender la lógica de los pasos automatizados involucrados, documentarla y ponerla a disposición para su consulta y comunicación<sup>194</sup>. En otras palabras, el responsable debe entregar información sobre la justificación y los criterios de sus procesos decisionales<sup>195</sup>. Esto no implica necesariamente que el responsable deba proporcionar información sobre el software o los algoritmos utilizados<sup>196</sup>.

La posibilidad de que el algoritmo se encuentre protegido por un privilegio de propiedad industrial o intelectual (e.g. secretos industriales/empresariales o *copyright*), podría constituir un obstáculo al efecto<sup>197</sup>. No obstante, ello no debe tener como resultado la negativa a prestar toda la información al interesado<sup>198</sup>.

La referencia al término “información significativa” debe interpretarse en relación con el interesado, lo que significa que la información debe ser inteligible<sup>199</sup> y significativa desde su perspectiva<sup>200</sup>, a saber, la de una persona presumiblemente sin *expertise* técnica<sup>201</sup>. Esto requeriría que las descripciones no deban ser demasiado generales (es decir, que planteen más preguntas que respuestas), ni ser demasiado detalladas o técnicas<sup>202</sup>. Además, esta información debe entregarse tomando en cuenta consideraciones de accesibilidad, comprensibilidad<sup>203</sup>, legibilidad y “accionabilidad”<sup>204</sup>. Por ejemplo, la idea de “accionabilidad” —ejercicio de derechos en contra de una decisión— requiere que la determinación sobre qué información será finalmente significativa para el interesado deba ser *funcional*<sup>205</sup>. Dicho de otro modo, la información será significativa para el interesado cuando le permita ejercer, por ejemplo, el derecho a impugnarla (artículo 22.3.). Así, la noción de “información significativa” debe también tomarse como información “útil” en relación

---

<sup>194</sup> BYGRAVE, Lee A., *Minding the Machine...*, op. cit., p. 20.

<sup>195</sup> BAYAMLIOĞLU, Emre, *The right to contest...*, op. cit., p. 1067.

<sup>196</sup> CUSTERS, Bart *et al.*, op. cit., p. 6.

<sup>197</sup> De hecho, esta limitante se encuentra expresamente incluida respecto del derecho de acceso, en el artículo 15.4. del RGPD y en su considerando 63.

<sup>198</sup> Así lo establece el considerando 63 del 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”.

<sup>199</sup> Elemento propio del deber general de transparencia del artículo 12 del RGPD: “El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma *concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso*, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño”.

<sup>200</sup> KAMARINOU, Dimitra *et al.*, op. cit., p. 20. Los autores grafican esta exigencia con un ejemplo: “revelar el código subyacente de un algoritmo puede no ser significativo para el ‘interesado típico’ si la falta de habilidades técnicas le impide comprender cómo funciona el código”.

<sup>201</sup> SELBST, Andrew; POWLES, Julia. “Meaningful information” and the right to explanation. En conference on fairness, accountability and transparency. PMLR, 2018. p. 236.

<sup>202</sup> CUSTERS, Bart *et al.*, op. cit., p. 6.

<sup>203</sup> BAYAMLIOĞLU, Emre, *The right to contest...*, op. cit., p. 1067.

<sup>204</sup> Véase, KAMINSKI, Margot E. The right to explanation, explained. *Berkeley Technology Law Journal*, 2019, vol. 34, no 1, p. 213; Véase también, KUMKAR, Lea Katharina *et al.*, op. cit., p. 297; Véase igualmente, MALGIERI, Gianclaudio *et al.*, op. cit., p. 243-265.

<sup>205</sup> SELBST, Andrew, *et al.*, op. cit., p. 236.

con la facultad del interesado para ejercer los derechos provistos por el RGPD y, en especial, su artículo 22<sup>206</sup>.

El CEPD ha manifestado que, por aplicación de las *reglas generales* de los artículos 13 y 14, el responsable debe aclarar al interesado el hecho de que el tratamiento tiene fines tanto de (i) elaboración de perfiles como de (ii) adopción de una decisión sobre la base del perfil generado<sup>207</sup>. Por su lado, como *regla especial* (i.e. tratándose de decisiones del artículo 22), los artículos 13.2.f. y 14.2.g. requieren que el responsable del tratamiento encuentre formas sencillas de informar exhaustivamente al interesado acerca de la “lógica subyacente” o los “criterios utilizados” para llegar a una decisión, lo que no necesariamente incluye una explicación compleja sobre los algoritmos utilizados o su divulgación<sup>208</sup>. Según algunos, estas obligaciones no incluyen la divulgación de parámetros y ponderaciones profundas de la toma de decisiones, ni los algoritmos empleados, ni cómo estos se combinan con otros, ni el código fuente; por el contrario, sostienen que lo que debe entregarse es información abstracta, que incluye información sobre el diseño básico, las categorías de datos y el modelo de toma de decisiones<sup>209</sup>. Con todo, otros autores abogan por una postura más amplia de la expresión “información significativa sobre la lógica aplicada”, indicando que comprendería idealmente: (a) información sobre los datos que sirvieron como entrada para la decisión automatizada, (b) información sobre la lista de factores que influyeron en la decisión, (c) información sobre la importancia relativa de los factores que influyeron en la decisión, y (d) una explicación razonable acerca de por qué se tomó una determinada decisión (información textual)<sup>210</sup>. Estas obligaciones operan *ex ante* a la decisión, ya que son exigibles — conforme a los artículos 13 y 14— en una etapa temprana de las actividades de tratamiento.

Por su parte, el CEPD considera que, como *regla general*, el artículo 15 (derecho de acceso) requiere que el responsable ponga a disposición los datos utilizados como “datos de entrada” para crear perfiles, junto con facilitar el acceso a la “información sobre el perfil” y los “detalles sobre los segmentos a los que se ha asignado al interesado”<sup>211</sup>. Como *regla especial* —aplicable a las decisiones del artículo 22—, en virtud del artículo 15.1.h., el responsable del tratamiento debe entregarle al interesado información sobre los “factores” que se han tenido en cuenta para el proceso de toma de decisiones, y el “peso” a nivel global<sup>212</sup>. Este derecho, como se viene reseñando, se puede ejercitar tanto de forma *ex ante* como *ex post* a la decisión<sup>213</sup>.

### 3.5.iii. Información significativa sobre “la importancia y las consecuencias previstas”.

El responsable también debe entregar información significativa sobre la “importancia” y las “consecuencias previstas” del tratamiento. Esta información resulta útil para efectos de que el interesado pueda ejercer una serie de prerrogativas adicionales —que trataremos en el siguiente capítulo— a saber, el derecho a solicitar a “obtener intervención humana por parte del responsable”, a “expresar su punto de vista” y, especialmente, “a impugnar la decisión”. En efecto, para los fines de este último derecho (“a impugnar la decisión”) resulta esencial que el interesado entienda acabadamente los resultados concretos y los riesgos que emanan del uso contextual de sus datos<sup>214</sup>.

La mayoría de la literatura ha analizado el concepto de “importancia” y “consecuencias” previstas en conjunto, esto es, sin distinguir el sentido y alcance de cada uno de ellos (importancia *vs* consecuencias previstas). Por ejemplo, algunos sugieren que tales expresiones serían indicativas de *cómo* la toma de decisiones automatizada *podría afectar* al interesado<sup>215</sup>, esto es, las

<sup>206</sup> CUSTERS, Bart *et al.*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>207</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>209</sup> DREYER, Stephan *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>210</sup> BRKAN, Maja, *Do algorithms...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>211</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>212</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>213</sup> Véase, EDWARDS, Lilian *et al.*, *op. cit.*, p. 52; MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>214</sup> BAYAMLIOĞLU, Emre, *The right to contest...*, *op. cit.*, p. 1067.

<sup>215</sup> HÄUSELMANN, Andreas Nicolas, *op. cit.*, p. 20.

*consecuencias prácticas* de las decisiones<sup>216</sup>. Otros se inclinan en que estas fórmulas hacen relación con información sobre *cómo se utilizan los resultados* del procesamiento automatizado<sup>217</sup>.

De cualquier modo, se ha sugerido que la “importancia” respecto de las “consecuencias” implicaría una especie de *cuantificación* respecto de los posibles *riesgos* para los interesados o, como mínimo, algo más que una mera descripción de la naturaleza de las consecuencias previstas<sup>218</sup>. Hay quienes proponen que, debido al profuso uso de mecanismos de *analíticas personalizadas de datos*, que pueden generar consecuencias distintas respecto de cada interesado —e.g. sobre la base de la cantidad de datos disponibles, la naturaleza de estos datos y lo que ellos “muestran”, por ejemplo, la pertenencia a un grupo mayoritario o minoritario— una descripción personalizada de las consecuencias cobraría sentido, lo cual, sin embargo, supone desafíos importantes en términos de *proporcionalidad*<sup>219</sup>. A fin de que esta información sea significativa y comprensible, deben ofrecerse *ejemplos reales y tangibles del tipo de efectos posibles*, lo cual incluso puede llevarse a cabo a través de gráficos u otro tipo de herramientas<sup>220</sup>.

Bajo la arista de los deberes informacionales de los artículos 13.2.f. y 14.2.g. —que, como venimos señalando, solo serían operativos *ex ante* a una decisión— la información sobre la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento solo sería posible prospectivamente.

Por otro lado, en el contexto del derecho de acceso del artículo 15.1.h. que, como los hemos señalado, operaría tanto *ex ante* como *ex post* a la decisión, la información sobre la importancia y las consecuencias del tratamiento puede entregarse tanto prospectivamente como retrospectivamente.

### 3.6. MEDIDAS ADECUADAS DEL ARTÍCULO 22.3. RGPD

Hemos visto que la toma de decisiones automatizadas “calificadas” (las del artículo 22) se encuentran, por regla general, vetadas. Con todo, el artículo 22.2. dispone de tres excepciones (necesidad contractual, autorización legal y consentimiento explícito) que hacen posible la toma de dichas decisiones. En el caso en que el responsable invoque la excepción de “necesidad contractual” (artículo 22.2.a.) o la de “consentimiento explícito” (artículo 22.2.c.), el artículo 22.3. dispone que el responsable deberá adoptar las “medidas adecuadas” para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado y, “como mínimo”, (i) el derecho “a obtener intervención humana por parte del responsable”, (ii) a “expresar su punto de vista” y (iii) a “impugnar la decisión”. Aquí, la expresión “como mínimo” sugiere que las medidas adecuadas no se limitarían a tales derechos, los cuales deben ser tenidos como *requisitos mínimos y no exhaustivos*<sup>221</sup>. Esto lo confirma el considerando 71, párrafo segundo, que indica que, además de tales derechos, las medidas adecuadas (“garantías apropiadas”, de acuerdo con el texto de dicho considerando) pueden incluir el derecho “a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión” (el denominado “derecho de explicación”, cuyo análisis es el objeto de este trabajo). Además, según el CEPD, las medidas adecuadas incluyen el “derecho-deber” de información de los artículos 13.2.f. y 14.2.g. que estudiamos en el sub-capítulo anterior<sup>222</sup>.

Por otro lado, la excepción de “autorización legal” de las decisiones (artículo 22.2.b.) contempla que las “medidas adecuadas” que deberá aplicar el responsable para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado serán aquellas que establezca el Derecho de la Unión o el derecho de los Estados miembros que resulte aplicable al responsable. De

<sup>216</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>217</sup> SELBST, Andrew *et al.*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>218</sup> CUSTERS, Bart *et al.*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>219</sup> Véase, CUSTERS, Bart *et al.*, *op. cit.*, p. 13. De hecho, el RGPD incluye varias reglas que incluyen nociones de proporcionalidad en el ámbito de los deberes de transparencia y el derecho de acceso. En cuanto a los primeros, podemos mencionar el artículo 12.5. y, en cuanto al segundo, el artículo 15.4.

<sup>220</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>221</sup> Véase, MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 15; KAMINSKI, Margot E., *op. cit.*, p. 198.

<sup>222</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 22.

la redacción de esta disposición, fluye que las “medidas adecuadas” requeridas por estos *regímenes legales* no necesariamente podrían incluir aquellas contempladas en el artículo 22.3.<sup>223</sup> Con todo, Bygrave concluye que, en la mayoría de los contextos, las medidas del artículo 22.3. (o algunos de sus elementos) probablemente figuren como medidas a los efectos del artículo 22.2.b.<sup>224</sup> A modo de ejemplo, el artículo 11 de la Directiva (UE) 2016/680 dispone que el Derecho de la Unión o del Estado miembro al que esté sujeto el responsable del tratamiento debe establecer “medidas adecuadas” para salvaguardar los derechos y libertades del interesado y, “al menos”, el derecho a “obtener la intervención humana por parte del responsable del tratamiento”<sup>225</sup>. Otras medidas apropiadas en estos contextos podrían incluir aquellas tendientes a minimizar y corregir la discriminación y los sesgos<sup>226</sup>, lo cual cobra sentido a la luz del artículo 11 de la Directiva (UE) 2016/680<sup>227</sup>. En un interesante caso en Eslovaquia, en el que si bien no se discutió la procedencia del artículo 22 del RGPD, se resolvió, entre otras cosas, que la ausencia de medidas adicionales establecidas por vía legal, orientadas a proteger a los particulares de las evaluaciones automatizadas por parte de las autoridades fiscales, tornó ilícita dichas evaluaciones<sup>228</sup>.

A mayor abundamiento, el artículo 22.4. del RGPD prescribe que las decisiones a que se refiere el artículo 22.2. —i.e. aquellas basadas en las excepciones de necesidad contractual, autorización legal y/o consentimiento explícito— no se basarán en las categorías especiales de datos personales del artículo 9.1., salvo que se apliquen las excepciones del artículo 9.2., literales a) o g) y se hayan tomado “medidas adecuadas” para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado. Aquí, nuevamente —como ocurre con la excepción de “autorización legal”— el RGPD no especifica cuáles serían las medidas adecuadas aplicables. Ciertos autores sugieren que esta disposición debiese interpretarse a la luz del artículo 22.3.<sup>229</sup> A nuestro juicio, esta postura es adecuada, ya que, como se sabe, las categorías especiales de datos personales deben estar sujetas a un mayor estándar de protección<sup>230</sup>. De hecho, nada impediría que las “medidas apropiadas” genéricamente establecidas en el considerando 71 del RGPD (que van más allá de las del artículo 22.3.) se apliquen a las decisiones tomadas en base a estos sensibles datos personales. En efecto, el considerando 71 del RGPD plantea la necesidad de implementar las medidas necesarias para evitar, “entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto”.

Así, puede concluirse que el concepto de “medidas adecuadas” debe interpretarse en un sentido amplio, no solamente incluyendo los derechos referidos en el artículo 22.3., sino que

---

<sup>223</sup> FINCK, Michèle, *op. cit.*, p. 14;

<sup>224</sup> BYGRAVE, Lee A., *Article 22...*, *op. cit.*, p. 537.

<sup>225</sup> Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

<sup>226</sup> MARTINI, Mario, ‘DS-GVO Art. 22 Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling’, en Paal and Pauly (eds), *Datenschutz-Grundverordnung* (1st edn, beck-online 2017), Rn. 33-37.

<sup>227</sup> Por ejemplo, el artículo 11.2. prohíbe el uso de las categorías especiales de datos personales en la toma de decisiones individuales automatizadas, salvo que se tomen medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado. El artículo 11.3. prohíbe la elaboración de perfiles que dé lugar a una discriminación de las personas físicas basándose en las categorías especiales de datos personales.

<sup>228</sup> Ústavného súdu Slovenskej republiky, Caso 492/2021 Z. z., 10 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2021/492/20211217>.

<sup>229</sup> Bygrave, Lee A., *Article 22...*, *op. cit.*, p. 539.

<sup>230</sup> Sobre este particular, el considerando 51 del RGPD dispone que: “Especial protección merecen los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales”.

también otras posibles soluciones, tales como los deberes de transparencia de los artículos 13 y 14, el derecho de explicación (considerando 71) y cualquier otra medida idónea, sea establecida por ley u otra que voluntariamente aplique el responsable basándose en el principio de responsabilidad proactiva. Este enfoque ha llevado a algunos a indicar que el artículo 22, en general, debe ser entendido como una obligación *law-by-design*, que requiere que los valores legales se inserten en el proceso de invención, adopción, diseño y uso de un sistema<sup>231</sup>. Bajo este contexto, resultará crucial que el responsable del tratamiento facilite (e informe) al interesado —como lo requiere el artículo 12.2.— el ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 15 a 22, requerimiento que a nuestro juicio incluye a los derechos “especiales” establecidos en el artículo 22.3. (y cualquier otra prerrogativa que se fije por alguna ley específica de acuerdo con el artículo 22.2.b.). Y no solo ello, el responsable del tratamiento debe contestar las solicitudes de dichos derechos dentro de plazo legal (artículos 12.3. y 12.4.).

El derecho “a obtener intervención humana por parte del responsable”, al igual que el resto de los derechos del artículo 22.3., no se encuentra definido ni regulado en cuanto a la forma en la que debe accionarse (formalidades, recursos, etc.). El CEPD, sin embargo, afirma que la intervención humana es un elemento clave que se traduciría en una revisión que debe ser llevada a cabo por una persona con la autoridad y capacidad adecuadas para modificar la decisión<sup>232</sup>. En concreto, sostiene que el revisor debe efectuar una evaluación completa de todos los datos pertinentes, incluida cualquier información adicional facilitada por el interesado<sup>233</sup>. Por ende, la intervención humana no debe ser nominal o simbólica, sino que significativa o substancial<sup>234</sup>. Por ende, este derecho cristalizaría la noción de la inclusión del humano en el bucle (*human in the loop*), lo que se traduce en que el interesado tiene el derecho a que una decisión automatizada pase a ser una no automatizada mediante la intervención humana<sup>235</sup>.

Naturalmente, debido a que el tenor literal del artículo 22.3. así lo sugiere, esta intervención humana solamente puede requerirse *ex post* a una decisión<sup>236</sup>. El fundamento de este derecho radica en que la intervención humana y, en concreto, el *conocimiento humano tácito* y las *intuiciones*, son vistos como antidotos para identificar los errores cometidos por las máquinas y, últimamente, como una especie de control de calidad<sup>237</sup>. En último término, el derecho a la intervención humana se ha visto como un componente de carácter ético en el contexto del RGPD que permitiría a los interesados a ejercer un cierto grado de influencia sobre los procesos de toma de decisiones automatizados que pueden deshumanizar a los individuos y a los procesos sociales<sup>238</sup>.

---

<sup>231</sup> DJEFFAL, Christian. The Normative Potential of the European Rule on Automated Decisions: A New Reading for Art. 22 GDPR. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2020, vol. 81, p. 857.

<sup>232</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>233</sup> *Ídem*.

<sup>234</sup> Véase, LAZCOZ, Guillermo; DE HERT, Paul. *Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essential pre-requisites against abdicating responsibilities. Essential pre-requisites against abdicating responsibilities* (January 24, 2022), 2022, pp. 11-12; FINCK, Michèle, *op. cit.*, p. 16; KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 127. Por ejemplo, algunos autores sostienen que “las comprobaciones aleatorias o las intervenciones en las redes neuronales para mejorar las decisiones, como en el aprendizaje supervisado, no constituyen una intervención humana suficiente. Dado que el contenido de la decisión permanece sin cambios, la situación simplemente se análoga a un mero ‘mantenimiento’ del sistema. Véase, KUMKAR, Lea Katharina *et al.*, *op. cit.*, p. 292.

<sup>235</sup> BRKAN, Maja, *Do algorithms...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>236</sup> KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 126.

<sup>237</sup> ALMADA, Marco. Human intervention in automated decision-making: Toward the construction of contestable systems. En *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. 2019. p. 3.

<sup>238</sup> HIJMANS, Hielke; RAAB, Charles D., Ethical Dimensions of the GDPR (July 30, 2018). en: Mark Cole and Franziska Boehm (eds.), *Commentary on the General Data Protection Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar (2018, Forthcoming), p. 8.

Dicha influencia solamente puede ser posible gracias a este derecho, el cual serviría como un medio para ejercer los derechos a expresar un punto de vista y a impugnar la decisión<sup>239</sup>. Como sea, su ejercicio no garantiza necesariamente un mejorado proceso de toma de decisiones. Por ejemplo, la intervención humana podría resultar ilusoria cuando el revisor sea propenso a creer que las decisiones automatizadas son más confiables que las producidas por el criterio humano, incluso cuando exista evidencia de errores (“sesgo de la automatización”)<sup>240</sup>. Esta prerrogativa tampoco implica que el responsable del tratamiento se encuentra obligado a modificar la decisión<sup>241</sup>.

Además, la adecuada implementación de este derecho requiere de medidas efectivas por parte del responsable, las que muchas veces podrían considerarse excesivas o impracticables. Piénsese en los contratos celebrados *online* en los que se incluyen mecanismos de toma de decisiones automatizadas: en estos casos sería esperable que el responsable establezca mecanismos para que el usuario solicite la intervención de un humano<sup>242</sup>, lo cual podría resultar costoso en varios extremos.

El RGPD también contempla el derecho del interesado a “expresar su punto de vista”. Al respecto, ni el artículo 22.3. ni los considerandos del Reglamento dan luces sobre el sentido y alcance de esta prerrogativa, ni mucho menos sobre las consecuencias jurídicas de su ejercicio, esto es, la *manifestación de un punto de vista, valoración u opinión* del interesado respecto de una decisión ya adoptada por el responsable<sup>243</sup>. Como sea, la ausencia de una respuesta por parte del responsable no es una posibilidad, ya que los artículos 12.3. y 12.4. del RGPD requieren de ella dentro de un acotado período de tiempo. Malgieri sugiere que la utilidad de este derecho viene representada por la posibilidad de que el interesado entregue al responsable información que pueda resultar relevante para que este reconsidere el resultado de la decisión original<sup>244</sup>. Así, esta prerrogativa se constituiría como un instrumento —junto con aquella que permite solicitar la intervención humana— para ejercer eficazmente el derecho a “impugnar la decisión”. Esta lógica implicaría que, en la mayoría de los casos, estos tres derechos se ejerzan simultáneamente<sup>245</sup>. Lógicamente, para que el interesado pueda expresar adecuadamente su opinión, será necesario que comprenda con plenitud cómo se ha tomado la decisión y sobre qué base<sup>246</sup>. Por ende, los deberes generales y especiales de información de los artículos 12 a 13, junto con el derecho de acceso del artículo 15, resultarán cruciales. Es más, el llamado “derecho de explicación”, contemplado en el considerando 71 del RGPD se ha visto como una herramienta informativa adecuada al efecto, no sin estar rodeado de escepticismo en cuanto a su existencia y críticas en cuanto a su efectividad.

El derecho a “impugnar la decisión”<sup>247</sup> corresponde a la tercera de las “medidas adecuadas” referidas por el artículo 22.3. del RGPD. Su sentido, alcance, formalidades y efectos, al igual que

---

<sup>239</sup> LAZCOZ, Guillermo *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>240</sup> Véase, HAWATH, Mariam *op. cit.*, pp. 167-168; KAMARINOU, Dimitra, *et al. op. cit.*, p. 12; KALTHEUNER, Frederike, *et al.*, *op. cit.*, p. 13; EDWARDS, Lilian *et al.*, *op. cit.*, p. 45; FINCK, Michèle, *op. cit.*, p. 16.

<sup>241</sup> Véase, KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 128. Ciertos autores sugieren que prevalecería la doctrina de la “libertad contractual”. Véase, HÄUSELMANN, Andreas Nicolas, *op. cit.*, p. 19.

<sup>242</sup> BRKAN, Maja, *Do algorithms...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>243</sup> KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 130.

<sup>244</sup> MALGIERI, Gianclaudio. Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations. *Computer law & security review*, 2019, vol. 35, no 5, p. 10.

<sup>245</sup> KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 131.

<sup>246</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>247</sup> Cuya existencia se remonta a la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés de Francia; pero también existente en la legislación española a partir de del año 1992, en concreto, en el artículo 12 de la Ley Orgánica 5/1992 de 29, de octubre 1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: “Impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados. El afectado podrá *impugnar* los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad” (el énfasis es nuestro).

los derechos a la intervención humana y a expresar un punto de vista, no se encuentran delineados en el RGPD<sup>248</sup>. Varios autores sugieren que esta prerrogativa envolvería más que una simple “objeción” u “oposición” de la decisión, sino que una suerte de “derecho al recurso” respecto de esta (la decisión) y, en concreto, un recurso<sup>249</sup> o *quasi* recurso<sup>250</sup> de apelación. A mayor abundamiento, Kaminski y Urban sostienen que este derecho vendría a ser algo más que un derecho a corregir eventuales datos inexactos en los que se basa una decisión, debido a que el RGPD ya contempla otros derechos orientados al efecto, a saber, el derecho de acceso y rectificación<sup>251</sup>.

Estas conclusiones las confirma, en cierto modo, la redacción del considerando 71 del RGPD que, en su versión en inglés, utiliza la expresión *challenge the decision* (“desafiar la decisión”), y la *UK Data Protection Act 2018*, que en su Sección 50.2.b.i. permite al interesado, dentro de un determinado plazo luego de la decisión, a solicitar su “reconsideración”. Más decidora es la ley irlandesa de implementación del RGPD, que en su Sección 57.1.b.ii.II. consagra este derecho como uno que habilita a “apelar” la decisión<sup>252</sup>.

Lo anterior supone que el ejercicio del derecho a impugnar una decisión tomaría el procedimiento decisorio en uno *contradictorio*, lo cual despierta ciertas dudas sobre quién debería decidir sobre dicha impugnación<sup>253</sup>, sugiriéndose que, en una primera etapa, lo sería el responsable del tratamiento y, ante una negativa, la autoridad de control independiente correspondiente de acuerdo con el procedimiento contemplado en el artículo 77 del RGPD (“Derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control”)<sup>254</sup>. Además, ante la decisión de una autoridad de control, cabe lo que en estricto rigor podría catalogarse como una “segunda instancia”, la que se cristalizaría por medio de la interposición de una acción o recurso, sea de carácter administrativo, judicial o de otra naturaleza<sup>255</sup>. Finalmente, el RGPD contempla otros cauces en sus artículos 79 y 82<sup>256</sup>.

De lo que no cabe duda, es que, para que este derecho sea eficaz, el responsable del tratamiento debe asegurarse de “facilitar” este derecho junto los demás derechos del artículo 22.3. (intervención humana y expresión de puntos de vistas), ya que, como lo sugiere el sentido común, para “apelar” una decisión no basta con una mera solicitud de reconsideración, sino que del aporte adicional de valoraciones, información y puntos de vista para que estos sean considerados por un humano tomador de la eventual nueva decisión<sup>257</sup>. Por ende, es esperable que estos tres derechos se ejerciten conjuntamente<sup>258</sup>.

También creemos que el derecho a impugnar requiere de un elemento adicional, a saber, de uno de carácter *informativo*: el interesado debe poder entender el proceso de toma de decisiones

---

<sup>248</sup> Sin perjuicio de que, como lo indicamos respecto de esas otras “medidas adecuadas”, el artículo 12 del RGPD sería aplicable a sus respectos, lo que implicaría, entre otras cosas, que el responsable, en primer lugar, debe “facilitarlos” (establecer mecanismos para su ejercicio) y “responderlos” dentro del plazo prescrito en dicho precepto.

<sup>249</sup> Véase, BAYAMLIOĞLU, Emre, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 38; ALER TUBELLA, Andrea; THEODOROU, Andreas; DIGNUM, Virginia; MICHAEL, Loizos. Contestable black boxes. En *Rules and Reasoning: 4th International Joint Conference, RuleML+ RR 2020*, Oslo, Norway, June 29–July 1, 2020, Proceedings 4. Springer International Publishing, 2020. p. 2; KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 132; BAYAMLIOĞLU, Emre, *The right to contest...*, *op. cit.*, p. 1063.

<sup>250</sup> VRABEC, Helena U. *op. cit.*, p. 210.

<sup>251</sup> KAMINSKI, Margot E.; URBAN, Jennifer M. The right to contest AI. *Columbia Law Review*, 2021, vol. 121, no 7, p. 1979.

<sup>252</sup> Data Protection Act 2018.

<sup>253</sup> BRKAN, Maja, *Do algorithms...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>254</sup> KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 132.

<sup>255</sup> Artículo 78 del RGPD (“Derecho a la tutela judicial efectiva contra una autoridad de control”). Por otro lado,

<sup>256</sup> El artículo 79 consagra el “Derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento”, y el artículo 82 el “Derecho a indemnización y responsabilidad”.

<sup>257</sup> MALGIERI, Gianclaudio, *op. cit.*, p. 22.

<sup>258</sup> KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 131.

(cómo se ha tomado y sobre qué base) para poder impugnar una decisión o expresar su punto de vista<sup>259</sup>. Para ello, puede valerse de la información requerida por los deberes de información de los artículos 13 y 14 (información *ex ante* a la decisión), pero también mediante el ejercicio del derecho de acceso del artículo 15 (información que puede obtenerse *ex ante* y *ex post* a la decisión). El interesado también podría accionar el llamado “derecho de explicación” de la decisión “tomada”, contemplado en el considerando 71 del RGPD (información *ex post* a la decisión). Con todo, una parte de la literatura pone en duda la existencia de este último derecho, como veremos posteriormente. Creemos que este elemento informacional es de absoluta relevancia, no solamente porque permite al interesado acceder, *ex ante* a la decisión, a determinada información, sino que también porque le facultaría para recibir, *ex post*, información y/o explicaciones sobre las *razones* de la decisión.

Como lo sugieren Mendoza y Bygrave, un proceso de apelación, para ser considerado genuinamente *leal*, debe incluir una obligación cualificada de *exposición de los motivos* de la decisión, exigencia que emana del principio de licitud, lealtad y transparencia del artículo 5.1.a. del RGPD<sup>260</sup> y de otras normativas aplicables<sup>261</sup>, incluso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>262</sup>. En consecuencia, no resulta sorprendente que algunos califiquen al derecho a impugnar las decisiones —junto con los demás derechos del artículo 22.3.— como un derecho de *debido proceso*<sup>263</sup>, o al menos como un derecho de *quasi debido proceso* o, incluso, como un derecho de *debido proceso tecnológico*<sup>264</sup>.

Bajo el contexto de las decisiones del artículo 22, el debido proceso supondría un conjunto de garantías procesales destinadas a *equilibrar las asimetrías de poder e información entre las partes*, asimetrías que también están presentes en la relación entre los responsables y los interesados<sup>265</sup>. Debido a la importancia de este derecho, algunos lo han caracterizado como la “columna vertebral” del artículo 22<sup>266</sup>.

Sobre cómo “facilitar” el derecho de impugnación no existen mayores directrices. En sus “Recomendaciones de buenas prácticas”, el CEPD aconseja la implementación de mecanismos que permitan al interesado impugnar la decisión, por ejemplo, mediante la inclusión de un enlace a un procedimiento de recurso (de apelación<sup>267</sup>) en el momento en que se informe al interesado de la decisión automatizada, con plazos acordados para su revisión y un punto de contacto designado para cualquier consulta<sup>268</sup>. Un ejemplo real de esta última solución puede encontrarse en los entornos de Mozilla<sup>269</sup>.

Es esperable que el *deber protección de datos desde el diseño y por defecto* (artículo 25 del RGPD) cumpla un rol preponderante en la adecuada formulación y diseño de mecanismos para el ejercicio de los distintos derechos del artículo 22.3. Por ejemplo, ciertos autores han acuñado la noción de *contestability by design* (“impugnación o disputabilidad desde el diseño”), la que, en

---

<sup>259</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>260</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 16-17.

<sup>261</sup> E.g. artículos 41 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estas normas incluyen, entre otras nociones, un deber de “motivación” de las decisiones humanas.

<sup>262</sup> El TJUE se ha referido en varios casos al concepto de *statement of reasons* (deber de “exposición de razonamientos o motivaciones”). Sobre este particular, nos referiremos en el Capítulo 5 de este trabajo).

<sup>263</sup> Véase, KAMINSKI, Margot E., *et al.*, *op. cit.*, p. 1976; BAYAMLIOĞLU, Emre, *The right to contest...*, *op. cit.*

<sup>264</sup> VRABEC, Helena U. *op. cit.*, pp. 209-213.

<sup>265</sup> VRABEC, Helena U. *op. cit.*, p. 210.

<sup>266</sup> BAYAMLIOĞLU, Emre, *The right to contest...*, *op. cit.*, p. 1059; LAZCOZ, Guillermo *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>267</sup> Así lo aclara en la versión en inglés del documento.

<sup>268</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>269</sup> La solución consiste en un mecanismo que lleva a cabo la eliminación de determinados comentarios tóxicos luego de que el autor exprese su opinión y cuestione la decisión de censura. Véase, VRABEC, Helena U. *op. cit.*, p. 212.

términos generales, contemplaría el diseño de sistemas que permitan la intervención humana y la impugnación de las decisiones en diversas etapas<sup>270</sup>. Otros enfoques, como la *transparency by design* (“transparencia desde el diseño”) también han ganado espacio en lo que concierne a la toma de decisiones algorítmicas<sup>271</sup>. Todos estos enfoques se justificarían dada la caracterización del artículo 22 como una *law-by-design*, como lo indicamos algunos párrafos atrás.

Debido a que el artículo 22.3. emplea la expresión “como mínimo”, otras medidas adecuadas podrían ser implementadas “sin perjuicio” de los derechos anteriormente referidos. A nuestro parecer, esta posibilidad se encuentra fuertemente sustentada en el principio de responsabilidad proactiva o *accountability* (artículo 5.2.) y en el deber de protección de datos desde el diseño y por defecto (artículo 25). El considerando 71 —que sirve de directriz interpretativa del artículo 22— entrega varios ejemplos: “a fin de garantizar un tratamiento leal y transparente respecto del interesado, teniendo en cuenta las circunstancias y contexto específicos en los que se tratan los datos personales, el responsable del tratamiento *debe*:

- utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles,
- aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrijen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error,
- asegurar los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto”<sup>272</sup>.

Siguiendo este enfoque, el CEPD entrega una serie de ejemplos de “medidas adecuadas” adicionales, entre las que destacamos:<sup>273</sup>

- evaluaciones frecuentes de los conjuntos de datos que se tratan para comprobar cualquier desviación;
- desarrollar formas de abordar cualquier elemento lesivo, incluido el exceso de confianza en las correlaciones;
- implementar auditorías (internas y externas) y sistemas de auditorías algorítmicas;
- incorporar garantías contractuales que obliguen a terceros proveedores de algoritmos a efectuar auditorías y comprobaciones;
- revisiones periódicas de la precisión y pertinencia de las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles;

---

<sup>270</sup> Véase, ALMADA, Marco, *op. cit.*

<sup>271</sup> Véase, BAYAMLIOĞLU, Emre, *Transparency..., op. cit.*

<sup>272</sup> La utilización de la palabra “debe” sugeriría un cierto grado de obligatoriedad de estas medidas. Como sea, dado que estas exigencias se encuentran incluidas en un considerando, cuya naturaleza no es vinculante, podría concluirse lo contrario. Con todo, bien podría argumentarse que ellas pueden catalogarse como medidas de *accountability* y/o de protección de datos desde el diseño y por defecto. Como tales, y dado que estas son obligatorias (siempre y cuando la situación concreta lo requiera), y si bien el RGPD no obliga a optar por métodos o técnicas concretas, nada impediría que, en casos puntuales, una autoridad de control resuelva que los procedimientos y medidas referidos en el considerando 71 —o unos similares o análogos— deberían ser implementados.

<sup>273</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales..., op. cit.*, pp. 31-32 y 34 y ss.

- implementar medidas específicas de minimización de datos y limitación del período de conservación;
- utilizar técnicas de anonimización y seudonimización en el contexto de la elaboración de perfiles;
- mecanismos de certificación para operaciones de tratamiento;
- códigos de conducta para procesos de auditoría que impliquen aprendizaje automático;
- códigos de conducta que incorporen garantías para los niños en el contexto de la elaboración de perfiles y la toma de decisiones automatizadas del artículo 22; y,
- la constitución de comités de ética para evaluar los daños y beneficios potenciales para la sociedad de aplicaciones concretas de la elaboración de perfiles.

Finalmente, debemos hacer referencia al controversial “derecho de explicación”. Como lo hemos adelantado, este derecho no se encuentra expresamente consagrado en el texto del artículo 22, ni en ningún otro precepto del RGPD. Esto ha suscitado un acalorado debate en la academia respecto de su existencia. Además, ciertos autores sostienen que, incluso de llegarse a considerar existir en el RGPD, su efectividad es cuestionable, materia que reservamos para el Capítulo 6 de este trabajo.

## 4. EL DERECHO DE EXPLICACIÓN

### 4.1. DELIMITACIÓN DE SU SENTIDO Y ALCANCE

El “derecho de explicación” ha sido catalogado como la más controversial de todas las medidas adecuadas aplicables a las decisiones del artículo 22<sup>274</sup>.

El sentido y *raison d'être* del derecho de explicación —y, en general, de los deberes informativos (artículos 12-14) y derecho de acceso (artículo 15)— se encuentran en el principio de lealtad y transparencia del RGPD, que exige, entre otras cosas<sup>275</sup>, que se informe al interesado sobre la existencia de las operaciones de tratamiento y sus fines<sup>276</sup>. En concreto, la transparencia sirve de base para que los interesados puedan conocer los riesgos de las distintas actividades de tratamiento y para que, dependiendo el caso, puedan ejercer control sobre sus datos personales a través de los derechos reconocidos por el Reglamento<sup>277</sup>.

Esta lógica es plenamente aplicable a las “medidas adecuadas” que el RGPD contempla en cuanto a las decisiones del artículo 22 y, especialmente, al derecho a “impugnar una decisión”. Específicamente, el “derecho de explicación” resulta crucial para que el interesado pueda recabar la información necesaria, *ex post* a una decisión, para efectos de impugnarla conforme al artículo 22.3.<sup>278</sup>

El derecho de explicación no se encuentra expresamente consagrado en el artículo 22.3. del RGPD. Por el contrario, solamente se encuentra mencionado en el considerando 71, el cual sirve de guía interpretativa del artículo 22. Este considerando establece que “[e]n cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las *garantías apropiadas*, entre las que se deben incluir la [1] *información específica al interesado* y el derecho a [2] *obtener intervención humana*, a [3] *expresar su punto de vista*, a [4] *recibir una explicación de la decisión tomada* después de tal evaluación y a [5] *impugnar la decisión*” (los corchetes enumerados son nuestros). De lo anterior, fluye que el

<sup>274</sup> MALGIERI, Gianclaudio, *op. cit.*, p. 22.

<sup>275</sup> Considerandos 39 y 58.

<sup>276</sup> Considerando 60, RGPD.

<sup>277</sup> Grupo de Trabajo del artículo 29 *Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 Adoptadas el 29 de noviembre de 2017 Revisadas por última vez y adoptadas el 11 de abril de 2018*, 17/ES WP260 rev.01, p. 6.

<sup>278</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 30.

considerando 71 se refiere a cinco “medidas adecuadas” (o “apropiadas”), pero, al igual que el artículo 22.3., deja abierta la posibilidad a medidas adicionales al emplear la frase “entre las que se deben incluir” (análoga a la fórmula “como mínimo” del artículo 22.3.). El considerando en cuestión incorpora la figura del derecho a “recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación”, ausente en el artículo 22.3.

Como se aprecia, la única información con la que se cuenta para delinear los contornos del “derecho de explicación” es aquella provista por el considerando 71. Al emplear la fórmula “decisión tomada”, fluye que este considerando plantea inequívocamente que este derecho operaría *ex post* a una decisión. Ergo, el derecho de explicación sería únicamente operativo respecto de una *decisión específica*, esto es, una ya adoptada, en contraposición a una o varias decisiones *potenciales*.

Zanjado lo anterior, sin embargo, persisten importantes interrogantes: ¿cuál es el sentido y alcance del derecho de explicación del considerando 71 del RGPD? ¿Qué es lo que debe explicarse, y para qué? El tenor literal del considerando 71 no entrega mayores pistas, indicando genéricamente que lo que debe explicarse es una “decisión tomada”.

Algunos autores estiman que la explicación no solo debería incluir la *funcionalidad abstracta* del sistema utilizado<sup>279</sup>, sino que también una *justificación* de la decisión tomada en el caso concreto<sup>280</sup>. Varios autores defienden que el derecho de explicación derivaría del derecho de acceso del artículo 15.1.h. que, como lo hemos señalado, operaría tanto *ex ante* como *ex post* a la decisión<sup>281</sup>. Así, la explicación de la decisión debiese incluir, mínimamente, de acuerdo con dicho precepto, información sobre la *propia decisión*, información significativa sobre la *lógica subyacente*, su *importancia* y *consecuencias* para el interesado.

Menos probable es que el derecho de explicación pueda considerarse como una manifestación de los deberes de transparencia de los artículos 13.2.f. y 14.2.g., ya que, como se estudió, ellos operarían *ex ante* a la decisión, lo cual resulta incompatible con lo dispuesto en el considerando 71, que emplea la fórmula “decisión tomada”. Sin embargo, esta circunstancia no obstaría a que, por lo menos en términos amplios, los deberes de los artículos 13.2.f. y 14.2.g. puedan verse como “explicaciones” *ex ante*.

Brkan sugiere que la información significativa que el responsable debe entregar al interesado respecto de la “lógica aplicada” incluiría (a) información sobre los *datos que sirvieron como entrada* para la decisión automatizada, (b) información sobre la *lista de factores* que influyeron en la decisión, (c) información sobre la *importancia relativa de los factores* que influyeron en la decisión, y (d) una explicación razonable sobre *por qué se tomó una determinada decisión*<sup>282</sup>.

#### **4.2. DERECHO DE EXPLICACIÓN VS DEBERES TRANSPARENCIA Y DERECHOS DE ACCESO.**

En el Capítulo 3.5., establecimos una distinción entre el alcance temporal de los deberes de información (artículos 13.2.f. y 14.2.g.) y el derecho de acceso (artículo 15.1.h.). Como se vio, los deberes informativos operan *ex ante* a una decisión; en cambio, el derecho de acceso puede ejercerse tanto *ex ante* como *ex post* a una decisión. Por otro lado, en el Capítulo 4.1. señalamos que el derecho de explicación, dada la redacción del considerando 71, operaría únicamente *ex post* a una decisión.

Como corolario, fluye que el derecho de explicación difícilmente puede considerarse como una expresión de los deberes de información de los artículos 13.2.f. y 14.2.g., ya que estos

---

<sup>279</sup> Requisito contenido en los deberes de información de artículos 12 a 15 del RGPD.

<sup>280</sup> KUMKAR, Lea Katharina *et al.*, *op. cit.*, p. 293.

<sup>281</sup> Véase, MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>282</sup> Véase, BRKAN, Maja, *AI-supported...*, *op. cit.*, p. 5; BRKAN, Maja, *Do algorithms...*, *op. cit.*, p. 15.

corresponden a obligaciones que el responsable debe honrar de manera *prospectiva* a una decisión. En cambio, lo mismo no puede concluirse respecto del derecho de acceso, ya que si bien el derecho de explicación solamente opera retrospectivamente —esto es, respecto de una decisión tomada— el derecho de acceso lo hace en *ambos sentidos*<sup>283</sup>. Con todo, algunos autores sostienen que, debido al empleo de la frase “consecuencias previstas” en el artículo 15.1.h., este derecho se orientaría hacia el futuro<sup>284</sup>, negando la posibilidad de una explicación *ex post* a la decisión.

Bajo este contexto, la doctrina se ha fragmentado en dos bandos: quienes niegan la existencia de un derecho de explicación *ex post* a una decisión y los que la defienden.

### 4.3. EL DEBATE SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE EXPLICACIÓN

Durante el año 2016, Flaxman y Goodman publicaron un breve artículo en el cual concluyeron, sin un mayor análisis jurídico, que el RGPD, a través de los deberes de información de los artículos 13 y 14, contemplaría un derecho de explicación de las decisiones algorítmicas<sup>285</sup>. Este trabajo encendió la mecha de uno de los debates más memorables en lo que al derecho a la protección de datos personales concierne.

En 2017, Wachter, Mittelstadt y Floridi no se hicieron esperar y sostuvieron una postura provocativa, poniendo en duda tanto la *existencia* como la *viabilidad* del aclamado derecho de explicación.

En primer lugar, argumentaron que, en la forma en la que el derecho de explicación es concebido popularmente, esto es, como un derecho de explicación de una decisión *específica*, este debería operar una vez que ella haya sido adoptada. Indican que el artículo 22.3. no lo menciona en su catálogo de “medidas adecuadas” y que solamente aparece mencionado en el considerando 71 que, como tal, no tiene fuerza vinculante, recordando que los derechos deben ser previamente establecidos para ser aplicables<sup>286</sup>.

En segundo término, Wachter *et al.* afirmaron, en base a una *interpretación histórica*, que este derecho no existe en el RGPD dado que, si bien los borradores tempranos de esta normativa lo incluían expresamente en el artículo 20 (hoy, artículo 22) el propio legislador, intencionalmente, prescindió del mismo en su versión final<sup>287</sup>.

En tercer lugar, los autores indican que este derecho no puede derivarse de los deberes de transparencia de los artículos 13.2.f. y 14.2.g., ya que dichos deberes, en el caso del artículo 13, operan al momento de la recopilación y, en el supuesto del artículo 14, a más tardar dentro de un plazo de un mes de la obtención<sup>288</sup>. Por ende, según estos académicos, estos deberes de información solamente propiciarían una “explicación” *ex ante* sobre la *funcionalidad de un sistema* de toma de decisiones automatizadas, lo que sería confirmado por el tenor literal de los artículos 13.2.f. y 14.2.g. que sugeriría que dicha información, además de la importancia y consecuencias de la decisión, se entregue antes de que se adopte<sup>289</sup>.

Finalmente, en cuarto lugar, Wachter *et al.* explican que la existencia de un derecho de explicación *ex post* a una decisión no puede extraerse del derecho de acceso del artículo 15. Aducen que, si bien el derecho de acceso, a diferencia de los deberes informativos de los artículos 13 y 14, puede ser invocado sin limitaciones temporales (en cualquier momento), la semántica del artículo 15.1.h., en concreto, la expresión “consecuencias previstas”, está orientada al futuro, lo que sugiere que el responsable del tratamiento debe informar al interesado de las posibles consecuencias de la

---

<sup>283</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>284</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>285</sup> Véase, GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. En *AI magazine*, 2017, vol. 38, no 3, p. 50-57.

<sup>286</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, *op. cit.*, pp. 79-82.

<sup>287</sup> *Ibidem*, pp. 81-82.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 83.

toma de decisiones automatizada *antes de que se produzca dicho tratamiento*<sup>290</sup>. En consecuencia, tras una interpretación *exegética, gramatical o literal* del artículo 15.1.h., los autores concluyeron que el derecho de acceso, al igual que los deberes informativos, solo otorgarían un derecho de explicación *ex ante* sobre la *funcionalidad de un sistema*, en contraposición a una explicación *ex post*, esto es, de una decisión específica ya tomada<sup>291</sup>.

En conclusión, Wachter *et al.* sugirieron que, en el mejor de los casos, el RGPD otorgaría los interesados un derecho *limitado* “a ser informados” sobre la existencia de la toma de decisiones automatizada y la funcionalidad del sistema, pero no un derecho de explicación de una decisión tomada<sup>292</sup>.

Sin embargo, también durante el año 2017, Selbst y Powles rebatieron intensamente los argumentos de Wachter *et al.* Al efecto, propusieron una concepción positiva del derecho de explicación basada en el texto y finalidades del RGPD<sup>293</sup>. Estos autores comenzaron criticando el hecho de que Wachter *et al.* realmente no atacaban lo que comúnmente se entiende por un derecho de explicación, sino que una versión limitada del mismo, un “hombre de paja”, a saber, lo que Wachter *et al.* denominan como un “derecho a ser informado” sobre la *funcionalidad* de los sistemas de toma de decisiones<sup>294</sup>. De acuerdo con Selbst y Powles, la existencia del derecho de explicación, como uno referente a decisiones automatizadas *adoptadas*, se justifica a la luz de la necesidad de “información significativa” (requerida en los artículos 13.2.f., 14.2.g. y 15.1.h.), la que, como tal, puede servir para que el interesado pueda accionar en conformidad, por ejemplo, ejercitando el derecho a impugnar una decisión<sup>295</sup>. En esta línea, concluyeron que “este derecho debe interpretarse de manera funcional, flexible y debe, como mínimo, permitir que un interesado ejerza sus derechos en virtud del RGPD y las normativas de derechos humanos”.<sup>296</sup>

Por otro lado, en un artículo del año 2017, Edwards y Veale sostuvieron que el RGPD incluiría un derecho de explicación de decisiones *ya tomadas*, indicando que ello derivaría del hecho que el derecho de acceso del artículo 15 puede ejercitarse “en cualquier momento” (a diferencia de los deberes de información de los artículos 13 y 14, que solamente operarían *ex ante* a una decisión). Para ello, estos autores manifestaron que la frase “consecuencias previstas” (contenida en el artículo 15.1.h.) no necesariamente debe tomarse como una expresión “orientada al futuro”, como lo plantean Wachter *et al.*, dado que el considerando 63 del RGPD (que desarrolla sobre el artículo 15) omite la palabra “previstas” y opta por la expresión “consecuencias de dicho tratamiento”<sup>297</sup>. De acuerdo con Edwards y Veale, el artículo 15.1.h. no puede interpretarse *en contra* la finalidad indicada en el considerando<sup>298</sup>.

Mendoza y Bygrave, igualmente en el año 2017, refutaron los argumentos de Wachter *et al.* esgrimiendo varios razonamientos interesantes. En primer lugar, manifiestan que, conforme a la redacción del artículo 15.1.h., el derecho a saber sobre la “existencia” de la toma de decisiones automatizadas incluiría a las “decisiones tomadas”<sup>299</sup>. En segundo término, y como consecuencia de lo anterior, indican que la referencia del artículo 15.1.h. a la entrega de información sobre “la importancia y las consecuencias previstas” de la toma de decisiones puede apuntar a aquellas derivadas de una decisión ya tomada<sup>300</sup>. En tercer lugar, y mediante quizá uno de los argumentos más convincentes en todo el debate sobre la existencia del derecho de explicación, Mendoza y Bygrave proponen que el derecho de explicación *ex post* a una decisión deriva de forma *implícita*

---

<sup>290</sup> *Ídem.*

<sup>291</sup> *Ibidem*, pp. 83-84.

<sup>292</sup> *Ibidem*, pp. 76-77, 99.

<sup>293</sup> SELBST, Andrew D. *et al.*, *op. cit.*, p. 234.

<sup>294</sup> *Ibidem*, pp. 238-239.

<sup>295</sup> *Ibidem*, pp p. 236.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>297</sup> EDWARDS, Lilian *et al.*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>298</sup> *Ídem.*

<sup>299</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>300</sup> *Ídem.*

del derecho a “impugnar una decisión” conforme al artículo 22.3. En concreto, sugieren que el derecho a impugnar una decisión —que se encuentra expresamente reconocido por el artículo 22.3.— solamente podría cobrar sentido y eficacia si el interesado tiene la posibilidad de conocer las *razones* de la decisión, exigencia que derivaría del principio de licitud, lealtad y transparencia del RGPD<sup>301</sup>.

Finalmente, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (hoy, CEPD) ha manifestado una postura optimista respecto de la existencia del derecho de explicación de decisiones ya adoptadas. Sobre el particular, al analizar las “medidas adecuadas” del artículo 22.3., el CEPD trae a colación el derecho de explicación “consagrado” en el considerando 71, indicando que “el interesado solo podrá impugnar la decisión o expresar su punto de vista *si comprende plenamente cómo se ha tomado y sobre qué base*”<sup>302</sup>. Esta afirmación, al menos implícitamente, sugeriría que esta autoridad reconoce que, ante una decisión adoptada, el interesado no solamente cuenta con los derechos a la intervención humana y a la impugnación de una decisión, sino que también a una explicación *ex post*, esto es, a una instancia que le permita comprender plenamente cómo “se ha tomado”. Esta conclusión se confirma en el Anexo 1 de las directrices del CEPD, donde esta institución recomienda ciertas medidas prácticas, entre las que se incluyen mecanismos o procedimientos recursivos que deben ponerse a disposición del interesado “en el *momento en que se informe al interesado de la decisión automatizada*, con plazos acordados para su *revisión*” (los énfasis son nuestros)<sup>303</sup>.

## 5. ¿EXISTE EL DERECHO DE EXPLICACIÓN?: DEUS (L)EX MACHINA

En el presente capítulo intentaremos demostrar que la respuesta a las interrogantes planteadas en el debate sobre la existencia del derecho de explicación puede encontrarse “volviendo a lo básico”, a saber, a los principios del RGPD y, en concreto, examinando el problema a la luz del *principio de licitud*. De ahí el título de este trabajo<sup>304</sup>.

El principio de licitud (artículo 5.1.a.) no se encuentra definido en el RGPD. Con todo, diversos pasajes del Reglamento dan ciertas luces sobre su alcance. Por ejemplo, el propio artículo 5.1.a. prescribe sobre la necesidad de que el tratamiento de datos personales debe ser efectuado de *manera lícita*<sup>305</sup>. Esta acepción del principio de licitud se traduce típicamente en que todo tratamiento de datos personales debe ser justificado en una “base de licitud”, esto es, en una de las reglas del artículo 6 del RGPD (e.g. consentimiento, necesidad contractual, interés legítimo, *inter alia*) y, tratándose de categorías especiales de datos personales, además, en una excepción del artículo 9.2. (e.g. consentimiento explícito, intereses vitales, entre otros).

Con todo, dicha forma de concebir al principio de licitud no es la única. En términos generales, la licitud se extiende a otros aspectos, tales como, a la finalidad del tratamiento, que debe ser “legítima”<sup>306</sup>. En lo que nos interesa, el principio de licitud también debe interpretarse como una exigencia más amplia: todo tratamiento debe ser *consistente con la legislación aplicable en general*<sup>307</sup>. Como se recordará, el artículo 22.3. prescribe perentoriamente que, en los casos

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, pp. 16-17.

<sup>302</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>303</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>304</sup> *Deus ex machina*. Loc. lat.; literalmente “el dios [que baja] de la máquina”. 1. m. Teatro. “En el teatro de la Antigüedad, personaje que representaba a una divinidad y que, mediante un mecanismo, descendía al escenario para resolver situaciones complicadas o trágicas”. En nuestro caso, ese dios que soluciona el problema es la Ley. Véase, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [6 de julio de 2023].

<sup>305</sup> “Los datos personales serán: (...) tratados de manera lícita (...)”.

<sup>306</sup> Artículo 5.1.b. RGPD.

<sup>307</sup> Véase, FILIPPIDIS, Mariel. Data Processing Principles. En Ustaran, Eduardo, et al. (ed.). *European data protection: law and practice*. Portsmouth: International Association of Privacy Professionals, 2018, p. 100; DE TERWANGNE, Cécile, Article 5. Principles relating to processing of personal data, en Christopher Kuner

excepcionales del artículo 22.2., el responsable del tratamiento debe implementar “medidas adecuadas”. A nuestro juicio, sin dichas medidas, el tratamiento —a la luz del principio de licitud entendido como una exigencia amplia de licitud— devendría en *ilícito*, sin perjuicio de que pueda serlo también por no fundarse en alguna de las excepciones concretas del artículo 22.2. Así, creemos que el artículo 22 y, en concreto, el vapulteo derecho de explicación, deben ser analizados a la luz del derecho europeo en general, esto es, con referencia a su derecho primario, derecho derivado, principios, valores, leyes y, por qué no, jurisprudencia. Será de este modo que la propia ley nos facilite pautas para responder si existe o no dicho derecho.

La Unión Europea (UE) tiene personalidad jurídica y, por ende, cuenta con un ordenamiento jurídico propio. Este ordenamiento jurídico se divide generalmente en un *derecho originario* (o *primario*) y uno *derivado*<sup>308</sup>. El *derecho originario* se integra, en primer lugar, por los denominados “tratados constitutivos” y sus modificaciones. En lo que nos interesa, el Tratado de Lisboa<sup>309</sup> modificó el TUE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE), que pasó a denominarse TFUE, incorporando a la CDFUE, que desde ahí tiene el mismo valor jurídico que los Tratados<sup>310</sup>. El TUE consagra una serie de valores, principios y derechos fundamentales que resultan dignos de interés en nuestra defensa del derecho de explicación<sup>311</sup>. Por su parte, el TFUE desarrolla sobre los objetivos y derechos del TUE<sup>312</sup>.

El derecho primario también se conforma por los llamados “principios generales del Derecho de la Unión”. Si bien en los Tratados se hace una tímida mención a ellos, la jurisprudencia del TJUE ha sido la que los ha desarrollado fundamentalmente<sup>313</sup>. Sobre este particular, es importante consignar que conforme con el artículo 6.3. del TUE, los derechos fundamentales del CEDH y aquellos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Por otra parte, el *derecho derivado* de la UE se estructura sobre la base de actos jurídicos vinculantes y no vinculantes. Dentro de la primera categoría, se ubican los reglamentos, las directrices y decisiones. Los *reglamentos* son actos jurídicos con alcance general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (artículo 288.2. TFUE). Un ejemplo de este tipo de acto es la normativa objeto de este trabajo, el RGPD. Las *directivas* también son actos jurídicos, pero obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 288.3. TFUE). Una *decisión*, conforme al artículo 288.4. del TFUE, “será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos”. Esta definición implica que una decisión es un “acto jurídico que se dirige a uno o varios

---

et al. (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (1ra edición, Oxford University Press 2020), p. 314.

<sup>308</sup> También podemos mencionar al *derecho subsidiario*, que en general incluye a las *fuentes no escritas* que escapan del objeto de estudio de este trabajo.

<sup>309</sup> De carácter modificativo.

<sup>310</sup> UNIÓN EUROPEA, *Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, 2010, p. XIII.

<sup>311</sup> Su artículo 2 consagra que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la *dignidad humana*, *libertad*, *democracia*, *igualdad*, *Estado de Derecho* y respeto de los *derechos humanos*, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. El artículo 6 dispone, en primer lugar, que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE, la que tiene el mismo valor que los Tratados y, en segundo término, que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales. El artículo 19 hace referencia al *derecho a la tutela judicial efectiva*.

<sup>312</sup> Por ejemplo, el TFUE elabora sobre los objetivos de eliminar la discriminación en general (artículos 10, 18 y 19) y el establecimiento de derechos de protección de datos personales (artículo 16). Además, el artículo 67.4. del TFUE consagra que la Unión facilitará la *tutela judicial efectiva*.

<sup>313</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Las Fuentes y el Ámbito de Aplicación del Derecho de la Unión Europea*, pp. 5-6. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_1.2.1.pdf](https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.1.pdf)

destinatarios determinados, que quedan vinculados por el contenido completo de la norma”<sup>314</sup>. Dentro de la segunda categoría, se encuentran los *dictámenes* y las *recomendaciones*, que no son vinculantes (artículo 288.5. TFUE)<sup>315</sup>.

Como se logra apreciar, nos encontramos ante un *sistema jurídico* complejo, el cual sitúa a los derechos fundamentales de la CDFUE en un plano igualdad en relación con los Tratados (artículo 6.1. TUE) y que, además, contempla tanto a los derechos fundamentales del CEDH y aquellos que emanan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como *parte del Derecho de la Unión como principios generales* (artículo 6.3. TUE). Todo esto permite comprender que los derechos fundamentales, en general, tienen un gran peso dentro del Derecho de la Unión, lo que resulta relevante al momento de estructurar una argumentación en favor del derecho de explicación, como veremos posteriormente. Además, el Derecho de la Unión se sustenta en una serie de “valores” que hacen relación con el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad y el respeto de los derechos humanos (artículo 2 TUE). No menos importante es que el Derecho de la Unión reconoce, también como un valor común, a un concepto y principio de validez universal<sup>316</sup>, cual es el Estado de Derecho (artículo 2 y preámbulo del TUE).

En sus argumentaciones en contra de la *existencia* del derecho de explicación, Wachter *et al.* sostienen que un derecho de explicación *ex post* a las decisiones automatizadas no existe en el RGPD porque (i) el artículo 22.3. no lo incluye expresamente; (ii) solamente se encontraría contemplado en el considerando 71, el que, como tal, no puede crear derechos; (iii) el legislador europeo intencionalmente lo excluyó del artículo 22 actual; y, porque (iv) no puede derivarse de los deberes de transparencia de los artículos 13 y 14, ni del derecho de acceso del artículo 15, debido a que estas normas incluyen la expresión “consecuencias previstas”, la cual se orienta al futuro (lo que negaría cualquier tipo de explicación retrospectiva)<sup>317</sup>. En contra de dicha postura, varios autores sostienen que dicho derecho existe, valiéndose de una interpretación funcional de los artículos 12-15 y 22 y del considerando 71<sup>318</sup>.

Al igual que los académicos que afirman una posición optimista respecto del derecho de explicación, creemos que, en general, las normas del RGPD deben interpretarse funcionalmente. Una interpretación de este tipo, con todo, no solamente debiese hacer referencia a normas específicas (i.e. artículos 12-15, 22 y 71 del RGPD), como lo sugieren ellos, sino que al *sistema jurídico en el que ellas se encuentran establecidas: el Derecho de la Unión*.

Wachter *et al.* manifiestan que el derecho de explicación no existe porque no está consagrado legalmente en una norma, sino que únicamente por vía de un considerando. Dicha afirmación se basa en la conocida idea de que los considerandos *no tienen fuerza vinculante*<sup>319</sup> ni *efecto jurídico autónomo*<sup>320</sup>, no pudiendo calificar como *imperativos vinculantes*, sino más bien como *guías interpretativas* diseñadas para informar la interpretación de un cuerpo legislativo, pudiendo cambiar su significado con la limitación de que no pueden usarse para una interpretación *contra legem*<sup>321</sup>. Aquí, Wachter *et al.* razonan adecuadamente. Un derecho debe ser establecido por intermedio de un artículo, y no por medio de un considerando<sup>322</sup>. El hecho de que el artículo 288

<sup>314</sup> CERVELL Hortal, María José; GUTIÉRREZ Espada, Cesáreo. *Introducción doctrinal pero sobre todo documental al Derecho de la Unión Curso OCW*, Universidad de Murcia, p. 3.

<sup>315</sup> Según CERVELL y GUTIÉRREZ, “no siempre es posible distinguir el uno del otro, si bien acaso podría decirse que las primeras invitan a ajustarse a determinadas propuestas mientras que las segundas contienen opiniones o pareceres sobre determinadas cuestiones”. Véase, CERVELL Hortal, María José *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>316</sup> VENICE COMMISSION OF THE COUNCIL OF EUROPE, *The Rule of Law Checklist*, 2016, p. 8.

<sup>317</sup> Véase, Capítulo 4.3.

<sup>318</sup> Selbst, Powles, Edwards, Veale, Bygrave y Mendoza. Véase, Capítulo 4.3.

<sup>319</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, pp. 8 y 16; CAMISÓN YAGÜE, José Ángel, et al. *Lecciones básicas de Derecho e instituciones de la Unión Europea*. Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 2011, pp. 33.

<sup>320</sup> WIEDEMAN, Klaus *op. cit.*, p. 8.

<sup>321</sup> FINCK, Michèle, *op. cit.*, p. 18.

<sup>322</sup> MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

del TFUE indique que un reglamento es “obligatorio en todos sus elementos” no implica que sus considerandos tengan fuerza vinculante. Por el contrario, lo que es obligatorio es que los actos jurídicos del artículo 258 TFUE (reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes) sean *motivados* (por ejemplo, en virtud de un considerando)<sup>323</sup>. La finalidad de los considerandos es motivar de modo conciso las disposiciones esenciales de la parte dispositiva<sup>324</sup>.

Con todo, los efectos de los considerandos en su interacción con los artículos es un tema que no ha pasado desapercibido en el derecho europeo. Como bien lo ilustra Pascua, los considerandos juegan un rol preponderante en el deber de motivación de los actos jurídicos de la UE, el cual, como lo estableció tempranamente el TJUE en el asunto 24/62, “tiene por objeto (...) dar a conocer a los Estados miembros y a toda persona interesada las condiciones en que el autor del acto ejerció la competencia relativa al acto en cuestión y conceder la posibilidad a las partes de un litigio de defender sus derechos, así como al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea] de efectuar su control jurisdiccional”<sup>325</sup>. Este deber de motivación es una función que emana de los principios constitucionales de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE), y es esencial en la validez de los actos jurídicos<sup>326</sup>.

Sin embargo, los considerandos cristalizan una segunda función de importancia: sirven como *herramientas interpretativas*. Si bien esta funcionalidad no se contempla en los Tratados de la Unión, ha sido la jurisprudencia la que la ha desarrollado<sup>327</sup>. Sobre este particular, el TJUE ha elaborado una serie de criterios que resultan de interés. Si bien podría resultar obvio a estas alturas, el *parámetro básico* establecido por el TJUE es que “la exposición de motivos de un acto comunitario no tiene un valor jurídico vinculante y no puede ser invocada ni para establecer excepciones a las propias disposiciones del acto de que se trata ni para interpretarlas en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal”<sup>328</sup>.

Como sea, ese criterio debe matizarse con otros parámetros ofrecidos por el TJUE. Por ejemplo, como vimos líneas atrás, este Tribunal ha señalado tempranamente que la exposición de motivos es necesaria para que los tribunales puedan ejercer su función supervisora<sup>329</sup>. Es más, la función interpretativa de los considerandos ha quedado en expresa evidencia en ciertas sentencias del TJUE, donde, para interpretar *normas ambiguas*, se ha acudido al *tenor claro* de los primeros (los considerandos)<sup>330</sup>. A mayor abundamiento, según la jurisprudencia del TJUE, los

---

<sup>323</sup> Artículo 296 TFUE.

<sup>324</sup> PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA; COMISIÓN EUROPEA. *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea*, p. 31.

<sup>325</sup> PASCUA MATEO, Fabio. Las Disposiciones Reguladoras de la Técnica Legislativa en la Unión Europea. *Revista de las Cortes Generales*, 2003 p. 55-56.

<sup>326</sup> DEN HEIJER, Maarten; ABEELLEN, Teun van Os van den; MASLYKA, Antanina. On the use and misuse of recitals in European union law. En *Amsterdam Law School Research Paper*, 2019, no 2019-31, p. 3.

<sup>327</sup> DEN HEIJER, Maarten *et al.*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>328</sup> El énfasis es nuestro. Este criterio ha sido continuamente sostenido por el TJUE en diversos casos. Véase, Sentencia de 24 de noviembre de 2005, *Deutsches Milch-Kontor GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, asunto C-136/04, ECLI:EU:C:2005:716, apartado 32; Sentencia de 19 de noviembre de 1998, *Helsingborgs tingsrätt v Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren, Solweig Arrborn*, asunto C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554, Rec. p. I-7477, apartado 54; Sentencia de 25 de noviembre de 1998, *Giuseppe Manfredi v Regione Puglia*, asunto C-308/97, ECLI:EU:C:1998:566, Rec. p. I-7685, apartado 30.

<sup>329</sup> Sentencia de 4 de julio de 1963, *Gobierno de la República Federal de Alemania v Comisión de la Comunidad Europea*, asunto 24/62, ECLI:EU:C:1963:14, apartado “Fundamentos de Derecho”.

<sup>330</sup> “Además, del quinto considerando del Reglamento nº 2201/2003 se desprende que, con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, dicho Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor” y “Por lo demás, dicha interpretación se ve confirmada por el décimo considerando del Reglamento nº 2201/2003, según el cual no se pretende que dicho Reglamento se aplique «a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud». Esta exclusión confirma que el legislador comunitario no ha pretendido excluir del ámbito de aplicación del citado Reglamento la totalidad de medidas pertenecientes al Derecho

considerandos permiten explicar la finalidad e intención subyacentes en un cuerpo normativo determinado<sup>331</sup>.

Klimas y Vaičiukaitė plantean que existirían cuatro posibles modelos de relación entre los considerandos y los artículos. El primer modelo se cristalizaría en aquel donde los considerandos no tienen ningún tipo de efecto en relación con los artículos; el segundo modelo se traduce en un sistema donde los considerandos son dominantes frente a las disposiciones legales; el tercer modelo se verificaría en aquellos sistemas donde los considerandos no serían ni dominantes ni subordinados a las disposiciones legales; y, el cuarto modelo, en un enfoque donde los considerandos serían subordinados a los preceptos legales<sup>332</sup>. Según estos autores, la ley europea es intencional (*purposive*), y el proceso legislativo se desarrolla siguiendo este enfoque<sup>333</sup>.

En consecuencia, la existencia del derecho de explicación puede fundamentarse en el considerando 71, no porque dicho elemento “cree” derecho, sino porque una interpretación teleológica y sistemática del artículo 22.3. del RGPD, a la luz del considerando en cuestión y de la normativa europea en general, permitirían concluir que dicha prerrogativa es necesaria para cumplir con los fines del Reglamento.

Recordemos, el criterio básico del TJUE es que los considerandos no pueden ser invocados (i) ni para establecer excepciones a las propias disposiciones de la ley, (ii) ni para interpretarla en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal (*contra legem*). Ninguno de estos supuestos se verifica, ya que lo que se busca no es establecer una excepción, sino que *dilucidar* si un derecho no mencionado en el artículo 22.3. existiría a la luz del *propio tenor literal y sentido funcional* de dicho precepto que, de hecho, establece un catálogo no exhaustivo de “medidas adecuadas”, entre las que naturalmente puede incluirse al derecho de explicación, sea visto este como uno *implícito* en el derecho de impugnación o como uno autónomo<sup>334</sup>.

En efecto, el artículo 22.3. garantiza el derecho a “impugnar la decisión” y a “expresar un punto de vista”. Para ejercer exitosamente dichos derechos el interesado primero necesitará de la “intervención humana” para contar con una especie de “legítimo contradictor”, pero además, de modo más crucial, requerirá de la “información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas”. Sin esta última información el interesado carecerá de armas: expresará un punto de vista a ciegas y/o impugnará algo que no ha podido entender.

A mayor abundamiento, la referencia al considerando 71 como una herramienta interpretativa para demostrar la existencia del derecho de explicación no se hace con miras a interpretar el artículo 22.3. “en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal” (interpretación *contra legem*). Todo lo contrario, su invocación se lleva a cabo para interpretarlo tanto conforme a su propio sentido como el del RGPD.

Pero vamos más allá del RGPD. Interpretemos el artículo 22.3. y el considerando 71 a la luz de algo más general: el Derecho de la Unión. Como lo estudiamos en este capítulo, el Derecho de la Unión es un sistema complejo de normas estructurado en base a un derecho originario y otro derivado, conformado, entre otros, por Tratados, derechos fundamentales, principios generales de derecho, reglamentos, directivas y jurisprudencia del TJUE.

Una de las reglas de oro en el derecho europeo es el principio universal del Estado de Derecho. Según Wachter *et al.*, los derechos deben ser explícitamente establecidos antes de ser

---

público”. Véase, Sentencia de 27 de noviembre de 2007, C, asunto C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, apartados 31, 48 y 52.

<sup>331</sup> Sentencia de 26 de junio de 2001, *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte: Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, asunto C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356, apartados 37 y 39.

<sup>332</sup> KLIMAS, Tadas; VAICIUKAITE, Jurate. The Law of Recitals in European Community Legislation (July 14, 2008). En *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 15, 2008, pp. 11-13.

<sup>333</sup> KLIMAS, Tadas *et al.*, *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>334</sup> Véase, MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 15; KAMINSKI, Margot E., *op. cit.*, p. 198.

aplicables, caso contrario, la imposición de una sanción sería cuestionable a la luz del Estado de Derecho<sup>335</sup>. A nuestro entender, esa lógica no es aplicable al derecho de explicación, ya que su existencia no debe ponerse en duda a la luz de una interpretación armónica del Derecho de la Unión, como un todo.

A través del TUE y del TFUE, la Unión reconoce expresamente los derechos y libertades fundamentales enunciados en la CDFUE, pero también, como principios, a los derechos fundamentales del CEDH (artículo 6.3. TUE).

El *derecho a la tutela judicial efectiva* —presente en el TUE, TFUE, la CDFUE y en el CEDH— mantiene una posición esencial en el debate. Del tenor literal del artículo 47 de la CDFUE (“Derecho a la tutela judicial efectiva”), se extraen, entre otras prerrogativas, el derecho a *acceder a la justicia* y el derecho a *ser oído* equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable *por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley*. Además, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la CDFUE comparte una serie de elementos incluidos en el CEDH, entre ellos, el derecho a un *proceso equitativo o justo* con todas las garantías (artículo 6 CEDH) y el derecho a un *recurso efectivo* (artículo 13 CEDH)<sup>336</sup>.

El derecho a un *proceso equitativo* —también llamado “derecho al debido proceso”— se manifiesta como uno abierto a la interpretación judicial y a la adición de otros derechos, principios o garantías procesales no listados en el artículo 6 CEDH<sup>337</sup>, entre ellos, el derecho-principio a un *procedimiento contradictorio*, el derecho-principio de *igualdad de armas* y el derecho a una *decisión motivada*<sup>338</sup>. A la luz del artículo 47 de la CDFUE, el derecho a un proceso equitativo es aplicable a cualquier tipo de derecho que una norma de la Unión confiera a un individuo, y no se limita a lo civil y a lo penal —a diferencia del artículo 6 del CEDH— extendiéndose, por ejemplo, a lo contencioso administrativo<sup>339</sup>. El derecho a la *igualdad de armas* “requiere que se le ofrezca a cada parte una oportunidad razonable de presentar su caso en unas condiciones que no la sitúen en una posición de desventaja respecto a su oponente”<sup>340</sup>. El derecho a un *procedimiento contradictorio* “conlleva, en principio, la posibilidad de que las partes conozcan y comenten todos los elementos de prueba y todas las alegaciones presentadas con el fin de orientar la decisión del tribunal”<sup>341</sup>. El derecho a una *decisión motivada* implica en que “un caso ha sido escuchado apropiadamente y permite a las partes presentar una apelación apropiada y efectiva”<sup>342</sup>.

El valor de la *igualdad* (artículo 2 TUE) y el derecho-principio *a la igualdad ante la ley* (artículo 20 CDFUE) también deben ser especialmente considerados en el debate sobre la existencia del derecho de explicación. Como bien es sabido, estos conceptos mantienen variadas acepciones, entre las que destaca la igualdad en su relación con la *seguridad jurídica* en el ámbito procesal: “las partes deben ser tratadas en igualdad (igualdad de armas), de forma que todas las reglas de proceso

---

<sup>335</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>336</sup> VIDA MORENO, María Nieves. El derecho a un proceso equitativo en el convenio europeo de derechos humanos. En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2018, no 145, pp. 88-89.

<sup>337</sup> HARRIS, David John; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention of Human Rights*. Segunda Edición. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica: Oxford University Press, 2009, p. 306.

<sup>338</sup> MOLE, Nuala; HARBY, Catharina; Council of Europe. The right to a fair trial: A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights. En: *Human rights handbooks*, 2006, No. 3, vol. 6, p. 46. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/49f180362.html>

<sup>339</sup> Véase, EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS; COUNCIL OF EUROPE. *Handbook on European law relating to access to justice*. Publications Office of the European Union, 2016, p. 40; LÓPEZ ESCUDERO, Manuel. Comentario. Artículo 47. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a un Juez Imparcial. En: Araceli MANGAS MARTÍN (ed.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, 2008, p. 750.

<sup>340</sup> Véase, Sentencia de 18 de marzo de 1997, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Foucher v Francia*, Sentencia 22209/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0318JUD002220993, apartado 34.

<sup>341</sup> CONSEJO DE EUROPA y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*, 2014, p. 22.

<sup>342</sup> EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS *et al.*, *op. cit.*, p. 44.

y en cada uno de los pasos o actuaciones las partes tengas las mismas opciones de defensa de sus pretensiones y de poder hacer llegar su razonamiento a los jueces competentes”<sup>343</sup>.

Bien es sabido que los derechos de protección de datos personales (artículos 12-22 RGPD) deben ejercerse, en primer término, ante el responsable del tratamiento (artículo 12.2. RGPD). Ante el eventual caso en que el interesado no se conforme con la respuesta del responsable, el Reglamento contempla una serie de vías, entre ellas, el *derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control* (artículo 77 RGPD), el derecho a la *tutela judicial efectiva contra una autoridad de control* (artículo 78 RGPD) y el derecho a la *tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento* (artículo 79 RGPD).

De lo anterior, se colige que el RGPD contempla un procedimiento de ejercicio de derechos que va encaminado, o que puede encauzar, al ejercicio de la actividad jurisdiccional a través de la puesta en acción del derecho a la tutela judicial efectiva. En tal estado de las cosas, el derecho de explicación puede ser visto como un requisito de lealtad procedural no solamente tendiente a contrarrestar la opacidad algorítmica, sino que dotado de una faz *adjetivo-procesal* relevante para el éxito en el ejercicio de derechos ante el responsable o una eventual acción o recurso frente a una autoridad de control o, últimamente, un tribunal de justicia. Sin un derecho a entender *ex post* los elementos que rodean a una decisión automatizada, cualquier aspiración de ejercer los derechos a la intervención humana y a la impugnación de las decisiones sería ilusoria. Y, peor aún, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso y todos sus principios y elementos subyacentes (e.g. igualdad de armas y contradicción) se verían burlados en el camino. Una decisión judicial que resuelva en última instancia un caso bajo estos términos estará destinada a estar mal razonada, o al menos a ser razonada de forma no equitativa.

Al respecto, no debe perderse de vista que el deber de motivación de las decisiones es un elemento vital en el Derecho de la Unión<sup>344</sup>. Esta obligación, según el TJUE, “tiene como finalidad, por una parte, proporcionar al interesado información suficiente para saber si el acto es fundado o si adolece, en su caso, de algún vicio que permita impugnar su validez ante el juez y, por otra parte, permitir que este último ejerza su control sobre la legalidad de dicho acto”<sup>345</sup>.

Interpretando extensivamente lo establecido por dicho Tribunal, bien podría argumentarse que la explicación de una decisión individual automatizada por parte del responsable del tratamiento cumpliría con dos fines cruciales. En primer lugar, permitiría entender la decisión, lo cual habilitaría al interesado a ejercer efectivamente el derecho de impugnación del artículo 22.3. En segundo lugar, la explicación de la decisión por parte del responsable constituiría una etapa previa y necesaria para el eficaz ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en una etapa ulterior, ya que, sin ella, difícilmente un juez o un organismo administrativo podrá razonar adecuadamente su sentencia o resolución. Sin explicaciones, se rompe el principio de contradicción, la bilateralidad de la audiencia y cualquier otra garantía procesal, situación que de por sí es vulneradora de derechos fundamentales, pero que además puede conllevar a la afcción de otras garantías de la misma naturaleza (no discriminación, honra, intimidad, protección de datos personales, etc.).

Al respecto, resulta vital tener en cuenta el artículo 58.4. del RGPD, que prescribe que “el ejercicio de los poderes conferidos a la autoridad de control en virtud del presente artículo *estará sujeto a las garantías adecuadas*, incluida la *tutela judicial efectiva* y al *respeto de las garantías procesales, establecidas en el Derecho de la Unión y de los Estados miembros de conformidad con la Carta*” (el énfasis es nuestro)<sup>346</sup>. Prescripciones similares pueden encontrarse en el artículo 83.8.

---

<sup>343</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli. Comentario. Artículo 20. Igualdad ante la Ley. En: Araceli Mangas Martín (ed.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, 2008. p. 392.

<sup>344</sup> Véase, artículo 253 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Niza).

<sup>345</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2010, TJUE, *Pye Phyto Tay Za v Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, asunto T181/08, ECLI:EU:T:2010:209, párrafos 93-94.

<sup>346</sup> El considerando 129 desarrolla sobre este precepto, trayendo a colación varios de los derechos y principios que hemos estudiado, entre ellos, la imparcialidad, justicia equitativa, el derecho a ser oído, el deber de motivación de las decisiones y el derecho de tutela efectiva: “Los poderes de las autoridades de control deben

y en el considerando 148 del RGPD<sup>347</sup>. Recordemos lo expuesto en el Capítulo 3.6. de este trabajo: los derechos del artículo 22.3. son considerados como prerrogativas de *debido proceso*<sup>348</sup>, *quasi debido proceso* o *debido proceso tecnológico*<sup>349</sup>.

Dentro de esta discusión, con todo, es importante establecer los límites de la tenue línea existente entre la necesidad de una explicación de una decisión automatizada (derecho de explicación) del derecho-deber a la motivación de las decisiones (debido proceso). Al respecto, bien podría decirse que ambos elementos podrían confundirse en ciertos casos, como ocurriría cuando una autoridad judicial o administrativa tome una decisión automatizada a través de una sentencia o resolución. En dicho caso, no cabe duda de que el derecho de explicación podría verse como una manifestación *directa* del deber de motivación de las decisiones emanado del debido proceso constitucional “puro y duro”.

Tal lógica debe matizarse en los casos en que las decisiones automatizadas sean adoptadas por entidades particulares, las que no ejercen una actividad jurisdiccional o administrativa<sup>350</sup>. En estos casos, creemos, el derecho de explicación del RGPD se fundamentaría, al menos funcionalmente, en el “resguardo” o “respeto” del debido proceso y de los derechos fundamentales en general. Aquí resulta perentorio recordar la profusa jurisprudencia del TJUE por la que sostenidamente ha reiterado que las disposiciones de un cuerpo normativo concreto deben interpretarse “a la luz” y de “manera consistente” con los derechos fundamentales consagrados en la Unión, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 CDFUE), el derecho al respeto de la vida privada (artículo 7 CDFUE) y el derecho a la protección de datos personales (artículo 8 CDFUE)<sup>351</sup>.

---

ejercerse de conformidad con garantías procesales adecuadas establecidas en el Derecho de la Unión y los Estados miembros, de forma imparcial, equitativa y en un plazo razonable. En particular, toda medida debe ser adecuada, necesaria y proporcionada con vistas a garantizar el cumplimiento del presente Reglamento, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, respetar el derecho de todas las personas a ser oídas antes de que se adopte cualquier medida que las afecte negativamente y evitar costes superfluos y molestias excesivas para las personas afectadas. Los poderes de investigación en lo que se refiere al acceso a instalaciones deben ejercerse de conformidad con los requisitos específicos del Derecho procesal de los Estados miembros, como el de la autorización judicial previa. Toda medida jurídicamente vinculante de la autoridad de control debe constar por escrito, ser clara e inequívoca, indicar la autoridad de control que dictó la medida y la fecha en que se dictó, llevar la firma del director o de un miembro de la autoridad de control autorizado por este, especificar los motivos de la medida y mencionar el derecho a la tutela judicial efectiva. Esto no debe obstar a que se impongan requisitos adicionales con arreglo al Derecho procesal de los Estados miembros. La adopción de una decisión jurídicamente vinculante implica que puede ser objeto de control judicial en el Estado miembro de la autoridad de control que adoptó la decisión”.

<sup>347</sup> El artículo 83.8. dispone que “El ejercicio por una autoridad de control de sus poderes en virtud del presente artículo estará sujeto a *garantías procesales adecuadas de conformidad con el Derecho de la Unión y de los Estados miembros, entre ellas la tutela judicial efectiva y el respeto de las garantías procesales*” (el énfasis es nuestro). El considerando 148 introduce a los principios generales del Derecho de la Unión como elementos a considerar: “La imposición de sanciones, incluidas las multas administrativas, debe estar *sujeta a garantías procesales suficientes conforme a los principios generales del Derecho de la Unión y de la Carta, entre ellas el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías*”.

<sup>348</sup> Véase, KAMINSKI, Margot E. *et al.*, *op. cit.*, p. 1976; BAYAMLIOĞLU, Emre, *The right to contest...*, *op. cit.*

<sup>349</sup> VRABEC, Helena U. *op. cit.*, pp. 209-213.

<sup>350</sup> Ciertos autores indican que las entidades de derecho privado solamente pueden considerarse como “autoridades administrativas” en la medida que estén investidos de poderes coercitivos *vis-à-vis* a terceros. Véase, OPDEBEEK, Ingrid; DE SOMER, Stéphanie. *The duty to give reasons in the European Legal Area: a Mechanism for transparent and accountable administrative decision-making? a comparison of Belgian, Dutch, French and EU Administrative Law*. En *Rocznik Administracji Publicznej*, 2016, no 2, p. 107 (nota al pie).

<sup>351</sup> Véase, Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Maximillian Schrems y Data Protection Commissioner, con intervención de: Digital Rights Ireland Ltd*, asunto C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, apartados 38, 73-74: “Se debe recordar previamente que las disposiciones de la Directiva 95/46, en cuanto regulan el tratamiento de datos personales, que puede vulnerar las libertades fundamentales y, en particular, el derecho al respeto de

De cualquier modo, estimamos que esta distinción entre lo público y lo privado debiese matizarse, al menos respecto del RGPD. Esta normativa desafía la tradicional *dicotomía público vs privado*: es un cuerpo legal con características del derecho público, derechos humanos, derecho administrativo, derecho del consumo, derecho contractual y derecho civil, aplicable tanto a entidades públicas como a individuos y entidades privadas<sup>352</sup>. Como bien lo grafica Zopf, el RGPD no es una normativa de derecho público ni de derecho privado, sino que una mezcla de ambos<sup>353</sup>.

Basta con pensar en el derecho del consumo, en de la libre competencia, en que el regula la publicidad o el mercado asegurador, entre otros. Las distintas actividades reguladas por dichas normativas son, en general, de naturaleza privada. Sin embargo, la ley no desconoce que dentro de dichos campos pueden tener lugar prácticas que atenten contra el interés general de la sociedad, transformándose en preocupaciones de derecho público. Algo idéntico ocurre con la protección de datos personales.

El derecho de explicación, así, no solo es relevante en el contexto de la toma de decisiones por parte del sector público, sino que también en el de las entidades privadas cuyas decisiones pueden afectar o “dar forma” a las vidas de los individuos, sea en forma de rechazo de préstamos, oportunidades laborales o coberturas aseguradoras, lo que implicaría que en la práctica desempeñarían *de facto* una función gubernamental, la que debería ser sujeta a algún tipo de responsabilidad<sup>354</sup>.

Esta forma de ver el derecho permitiría introducir una serie de elementos en el debate del derecho de explicación, por ejemplo, el principio de *accountability* del artículo 5.2. del RGPD, pero también el concepto de *accountability* generalmente entendido, esto es, como la entrega de razones o explicaciones de lo que uno hace<sup>355</sup>. De hecho, los últimos avances legislativos europeos han incorporado requerimientos de *accountability* en el seno de las entidades privadas<sup>356</sup>.

Como se adelantó, al Derecho de la Unión también se adscriben los “principios generales de Derecho”, la mayoría de ellos formulados por los más altos tribunales europeos como *fuentes no escritas* del derecho de la Unión que permiten colmar las lagunas existentes o desarrollar el

---

la vida privada, deben ser necesariamente interpretadas a la luz de los derechos fundamentales protegidos por la Carta” (apartado 38); Sentencia de 16 de julio de 2020, *Data Protection Commissioner y Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems, con intervención de: The United States of America, Electronic Privacy Information Centre, BSA Business Software Alliance Inc., Digitaleurope*, asunto C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, apartados 138, 161 y 168

<sup>352</sup> ZOPF, Felix. Two Worlds Colliding—The GDPR In Between Public and Private Law. En *European Data Protection Law Review*, 2022, vol. 8, no 2, pp. 210, 214.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>354</sup> PÉGNY, Maël; THELISSON, Eva; IBNOUHSEIN, Issam. The Right to an Explanation: An Interpretation and Defense. En *Delphi - Interdisciplinary Review of Emerging Technologies*, Volume 2, Issue 4 (2020) p. 4.

<sup>355</sup> NORMANTON, Edward L. The accountability and audit of governments: A comparative study. En *Manchester University Press*, 1966, p. 1.

<sup>356</sup> Véase, Considerandos 40, 49, 92 y 112, y artículos 41.5. y 50.3. del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales); artículo 28.7. del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales); considerando 4, Reglamento (UE) No 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión; considerandos 2 y 33, Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión; considerando 3, Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

Derecho vigente mediante su interpretación acorde con el principio de equidad<sup>357</sup>. Estos principios definen el contenido y los elementos estructurales del “arreglo legal correspondiente”<sup>358</sup>. Además, reúnen varias de las características de una norma jurídica: su transgresión conduce a medidas coercitivas, son aplicables a un número ilimitado de personas y son directamente aplicables<sup>359</sup>. Los principios cumplen una serie de funciones, entre ellas, interpretativas, integradoras, garantistas, informadoras, limitadoras, sistematizadoras, sustancialistas y prescriptivas<sup>360</sup>.

Entre uno de los principios generales atingentes a nuestro trabajo destacamos el de *certeza jurídica*<sup>361</sup>, que tiene por finalidad garantizar la *previsibilidad* de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario<sup>362</sup>. En concreto, el TJUE ha establecido que el principio de seguridad jurídica (o certeza jurídica) requeriría del empleo de expresiones inequívocas que permitan a los interesados conocer sus propios derechos y obligaciones de modo claro y preciso<sup>363</sup>. Este principio comprende requerimientos de (i) *coherencia legal*, (ii) *determinación y predictibilidad de la ley*, (iii) respeto de la *legítima confianza*, (iv) *no retroactividad*<sup>364</sup>, (v) *publicidad*, (vi) *legalidad* y (vii) *jerarquía*<sup>365</sup>.

En lo tocante a la *determinación y predictibilidad de la ley* como elemento del principio de certeza o seguridad jurídica el TJUE ha establecido que “la legislación de la Unión debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables”<sup>366</sup>. Esta premisa sugeriría dos vertientes, una *objetiva*, relacionada con la exigencia de “certeza del Derecho” (“certeza sobre su identificación y contenido”), y una *subjetiva*, relativa a la previsibilidad de su aplicación y de los efectos de esta (“previsibilidad de las consecuencias jurídicas anudadas a su aplicación”)<sup>367</sup>.

Ugartemendia propone que no todo problema de certeza y/o previsibilidad conlleva a la infracción del principio de certeza o seguridad jurídica; esa infracción solo se verificaría cuando “el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre *razonablemente insuperable* acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos”, siendo esto también una cuestión de interpretación<sup>368</sup>.

---

<sup>357</sup>BORCHARDT, Klaus-Dieter. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011, p. 91.

<sup>358</sup> REZEVSKA, Daiga. General Principles of Law as Common Constitutional Traditions of the European Union Member States. En *Journal of the University of Latvia. Law*, 15, 2022, p. 162.

<sup>359</sup> *Ídem*.

<sup>360</sup> NAVARRO, Román. Los principios jurídicos. Estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense. En *Revista Jurídica Ivstititua*, 1998, vol. 138, p. 9.

<sup>361</sup> Que, de acuerdo al TJUE, es un imperativo de *seguridad jurídica*. Véase, Sentencia de 15 de diciembre de 1987, *Irlanda v Comisión De Las Comunidades Europeas*, asunto 325/85, ECLI:EU:C:1987:546, apartado 18.

<sup>362</sup> Sentencia de 15 de febrero de 1996, *Finian Duff, Liam Finlay, Thomas Julian, James Lyons, Catherine Moloney, Michael McCarthy, Patrick McCarthy, James O'Regan, Patrick O'Donovan y Minister for Agriculture and Food, Ireland*, asunto C-63/93, ECLI:EU:C:1996:51, apartado 20.

<sup>363</sup> Sentencia de 30 de enero de 1985, *Comisión de las Comunidades Europeas v Reino de Dinamarca*, asunto 143/83, ECLI:EU:C:1985:34, apartado 10.

<sup>364</sup> Algunos autores los consideran como elementos independientes, otros sugieren que todos se reconducen al principio general de certeza jurídica. Véase, PORTUESE, Aurelien; GOUGH, Orla; TANEGA, Joseph. The principle of legal certainty as a principle of economic efficiency. En *Eur J Law Econ* 44, 131–156, 2017, pp. 132-136.

<sup>365</sup> UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. *El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado*. 2006, pp. 23-30.

<sup>366</sup> Sentencia de 15 de diciembre de 1987, *Irlanda v Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 325/85, ECLI:EU:C:1987:546, apartado 18.

<sup>367</sup> UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, *op. cit.*, pp. 23 y 38.

<sup>368</sup> Citando al Tribunal Constitucional español, el autor afirma que “Si de una interpretación realizada ‘de modo natural y no forzado’, se deduce que ‘aparece redactada con la suficiente claridad como para eliminar

Bien podríamos decir que el debate sobre la *existencia* del derecho de explicación cristaliza un problema de *certeza jurídica*, tanto respecto de su vertiente objetiva (i.e. sobre el contenido del artículo 22.3. RGPD) y subjetiva (sobre la *previsibilidad* de los derechos que comprendería el artículo 22.3. RGPD). Esto nos lleva a considerar los distintos *métodos de interpretación del derecho* como vía de solución.

El supremo intérprete del Derecho de la Unión es el TJUE<sup>369</sup>. Si bien se le encomiendan otros papeles<sup>370</sup>, su función característica y decisiva es asegurar la *unidad de interpretación* del derecho europeo<sup>371</sup>. Esta función deriva expresamente del artículo 19 TUE<sup>372</sup> y del párrafo primero del artículo 267 TFUE<sup>373</sup>, que contempla el procedimiento de la “cuestión con carácter prejudicial”, que tiene efecto vinculante —y *ex tunc*— tanto para el órgano jurisdiccional remitente (*inter partes litigantes*) como para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que traten el mismo asunto jurídico (*erga omnes*)<sup>374</sup>. En el contexto de las interpretaciones jurídicas, cobran relevancia los derechos fundamentales y los valores, pero, especialmente, los principios, entre cuyas funciones, como fue adelantado, destaca la interpretativa, la integradora y la informadora.

En su *función interpretativa*, los principios “delimitan el sentido de la norma, marcan sus alcances y sus conexiones sistemáticas”; desde su *función integradora*, “en caso de lagunas en el ordenamiento jurídico, los principios suplen la falta de reglas para resolver el conflicto planteado en el caso concreto”; y, en su *función informadora*, “son la fuente de la que se nutren todas las normas jurídicas”<sup>375</sup>.

Los argumentos de Wachter *et al.* —mediante los que niegan la existencia del derecho de explicación<sup>376</sup>— se basan principalmente en interpretaciones *gramaticales* (o literales o textuales) e *históricas*. En cuanto al primer método interpretativo, esto es, el *gramatical*, por un lado, los autores sostienen que el derecho de explicación (de las decisiones automatizadas *adoptadas*) no puede extraerse del artículo 22.3. del RGPD ya que dicha disposición no lo menciona en su texto. Además, siguiendo este método interpretativo, indican que este derecho no puede derivar ni de los deberes informativos de los artículos 13 y 14 ni del derecho de acceso del artículo 15 debido a que dichas normas, si bien requieren al responsable a entregar información sobre la existencia de decisiones automatizadas del artículo 22, se restringirían a decisiones “aún no adoptadas” dado que dichos preceptos emplean la frase, orientada al futuro, “consecuencias previstas”. Como se ve, los autores basan sus argumentaciones en un análisis estrictamente sintáctico y/o semántico<sup>377</sup>, o al menos profundamente literal, del sentido de dichas normas. En lo que atañe al segundo método interpretativo al que Wachter *et al.* acuden —el *histórico*— manifiestan que el derecho de explicación habría sido intencionalmente excluido del actual artículo 22. En su trabajo, explican que en una etapa temprana los borradores del RGPD incluían expresamente a este derecho, el cual finalmente no vio la luz en la versión definitiva del Reglamento.

---

cualquier sombra de incertidumbre acerca de su contenido y alcance’, no se podrá sostener que dicha disposición es contraria al mencionado principio”. *Ibidem*, pp. 29 y 30.

<sup>369</sup> SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. La interpretación en el Derecho comunitario europeo. En *BFD. Boletín de la Facultad de Derecho*, 3, 269-292., 1993, p. 271.

<sup>370</sup> Véase, artículos 251-281 TFUE, y artículo 19 TUE.

<sup>371</sup> SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro, *op. cit.*, 271.

<sup>372</sup> El párrafo primero del artículo 19 TUE, dispone que “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”, mientras que el párrafo tercero

<sup>373</sup> “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”.

<sup>374</sup> LARION, Iuliana-Madalina. *The effects of preliminary rulings. Challenges of the Knowledge Society*, 2015, p. 448.

<sup>375</sup> NAVARRO, Román, *op. cit.*, pp. 9-10.

<sup>376</sup> Véase, Capítulo 4.3.

<sup>377</sup> Para mayor información sobre esta variante del método gramatical, véase, ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio. Métodos de interpretación jurídica. En *Quid iuris* (Chihuahua), 2012, vol. 16, p. 33-58, p. 40.

El primer paso en la interpretación del Derecho de la Unión debe darse a través de una que haga referencia a lo establecido en su texto, esto es, una interpretación *gramatical o literal* (también llamado *textualismo*<sup>378</sup> o *exegético*<sup>379</sup>) tendiente a respetar el *contenido objetivo* de la norma<sup>380</sup>. De hecho, el TJUE ha sostenido que una interpretación sistemática o contextual de una norma ambigua no puede tener por resultado retirar de la balanza al tenor claro y preciso de la disposición<sup>381</sup>. Así, como lo sugiere Kuch citando la máxima *interpretatio cessat in claris*, solo un *texto oscuro* puede interpretarse de una manera que se aparte de la literalidad de las palabras<sup>382</sup>. Como sea, tratándose de normas que conceden derechos sustantivos o adjetivos a los individuos, el TJUE ha manifestado que ellos no pueden ser interpretados restrictivamente, por lo que “el silencio u oscuridad en un texto que afecta los derechos de los particulares no debe ser interpretado de una forma que resulte desfavorable para los mismos”<sup>383</sup>. Cuando una interpretación literal de una disposición no resulte suficiente, otros métodos interpretativos podrían brindar mayores respuestas<sup>384</sup>.

La interpretación gramatical de Wachter *et al.* no es convincente. En primer lugar, el hecho de que el artículo 22.3. no mencione al derecho de explicación no implica necesariamente que este derecho no exista. La propia circunstancia de que este derecho se mencione en el considerando 71, como una “medida apropiada” que “en cualquier caso” el responsable “debe” aplicar al tratamiento, torna discutible esta tesis. A ello debemos sumar el criterio referido hace unas líneas atrás: una interpretación gramatical de una norma que concede derechos sustantivos o adjetivos no puede ser restrictiva ni permitir que su silencio u oscuridad sea interpretado de forma desfavorable. En segundo lugar, el razonamiento de Wachter *et al.* por el que sostienen que el derecho de explicación no puede derivarse de los deberes y derechos de los artículos 13-15 —dado que estas disposiciones emplean la fórmula, según ellos, orientada al futuro, “consecuencias previstas”— es, al menos, debatible a la luz de un análisis sintáctico y/o semántico. Evidencia de ello es la simple circunstancia de que otros autores, también efectuando un análisis estrictamente literal de dicha frase, han llegado a una conclusión diversa<sup>385</sup>. Es más, mediante un argumento basado tanto en criterios gramaticales como sistemáticos, Edwards y Veale refutan que la expresión “consecuencias previstas” deba necesariamente ser interpretada como una formulación “orientada al futuro”, dado que el considerando 63 del RGPD, que desarrolla sobre el derecho de acceso del artículo 15, no emplea la palabra “previstas”<sup>386</sup>. Por lo anterior, al existir dos visiones distintas de un mismo precepto a la luz de un mismo método interpretativo, este resultaría insuficiente.

---

<sup>378</sup> Véase, LENAERTS, Koen; GUTIÉRREZ-FONS, José A. To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice. En *EUI AEL*, 2013/09, p. 6.

<sup>379</sup> ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, *op. cit.*, p. 37.

<sup>380</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. La Interpretación del Derecho de la Unión Europea. En *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003 (4), p. 53.

<sup>381</sup> Sentencia de 8 de diciembre de 2005, *Banco Central Europeo v República Federal de Alemania*, asunto C-220/03, ECLI:EU:C:2005:748, apartado 31.

<sup>382</sup> KUCH, Paweł *op. cit.*, p. 35.

<sup>383</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 56. Al efecto, el autor cita profusa jurisprudencia del TJUE.

<sup>384</sup> Esta situación se presentó en el asunto C-648/11: “Los mencionados términos no permiten por sí solos determinar si la solicitud de asilo a la que se hace referencia es la primera solicitud de este tipo que el menor de que se trate haya presentado ante un Estado miembro o aquella otra que haya presentado en último lugar ante otro Estado miembro” (párrafo 49). “No obstante, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición de Derecho de la Unión no sólo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también el contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte” (párrafo 50). Véase, Sentencia de 6 de junio de 2013, *The Queen, a instancia de: MA, BT, DA y Secretary of State for the Home Department, en el que participa: The AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe) (UK)*, asunto C-648/11, ECLI:EU:C:2013:367.

<sup>385</sup> Bygrave y Mendoza sostienen que conforme a la redacción del artículo 15.1.h., el derecho a saber sobre la “existencia” de la toma de decisiones automatizadas, incluiría la noción de “decisiones tomadas” y, en consecuencia, la frase “consecuencias previstas” podría apuntar a aquellas derivadas de una decisión adoptada. Véase, MENDOZA, Isak *et al.*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>386</sup> EDWARDS, Lilian *et al.*, *op. cit.*, p. 52.

Otro método interpretativo al que podemos echar mano es el *histórico*. Este “busca indagar el objetivo que el legislador persiguió con la promulgación de la misma”<sup>387</sup> y considera toda información relevante del pasado para esclarecer el contenido de los preceptos del presente<sup>388</sup>. Naturalmente, dicha información puede obtenerse de diversas fuentes, lo que dependerá de la naturaleza de la normativa a interpretar. Por ejemplo, en la interpretación histórica del derecho originario y del derivado, los *travaux préparatoires* (trabajos preparatorios) son usualmente utilizados<sup>389</sup>. Como sea, el TJUE ha mantenido una posición reacia a considerar estos documentos cuando no se han publicado<sup>390</sup>.

El método histórico no está exento de limitaciones. Como lo indica Rojas, el marco histórico que rodea a una normativa solo guardará relevancia para la interpretación cuando el mismo sirva para corroborar el resultado mediante otro método interpretativo distinto o, dicho de otro modo, el método histórico no puede valerse por sí mismo<sup>391</sup>. En una misma línea, Baldus afirma que las cuestiones interpretativas no pueden resolverse definitivamente bajo un enfoque histórico, sino que siempre se debe contrastar el resultado a la luz de los criterios de los otros métodos de interpretación, sobre todo el fin y objeto de la norma<sup>392</sup>. Por ende, no resulta sorprendente que el TJUE, rara vez, o casi nunca, se base en criterios históricos<sup>393</sup>.

La argumentación de Wachter *et al.* basada en una interpretación histórica no parece plausible. En efecto, estos autores, más que demostrar una *clara intención* legislativa tendiente a negar el derecho de explicación, *la infieren* del simple hecho de que esta prerrogativa se omitió en la versión definitiva del RGPD. Ello no es de recibo. En primer lugar, el resultado de su interpretación histórica no es adecuadamente contrastado con los criterios de algún otro método interpretativo que arroje resultados claros. Los autores se limitan a complementar su interpretación histórica con una interpretación gramatical<sup>394</sup> cuyas conclusiones son al menos discutibles a la luz de las de otros académicos. Por ejemplo, Mendoza y Bygrave, también valiéndose de una interpretación gramatical, han llegado a un resultado interpretativo distinto<sup>395</sup>. En segundo lugar, el resultado de su interpretación histórica contrasta con el tenor del considerando 71, que establece que “en cualquier caso” el responsable “debe” aplicar al tratamiento, entre otras medidas apropiadas, el derecho “a recibir una explicación de la decisión tomada”. Si el legislador hubiese tenido la intención de proscribir este derecho del RGPD no habría empleado dichas fórmulas (“debe”, “en cualquier caso” y “a recibir una explicación de la decisión tomada”). En consecuencia, otros métodos de interpretación deben ser empleados para resolver el rompecabezas.

El *método sistemático* o *contextual* (o *interpretación sistemática*) es aquel que, para entender el significado de una disposición, apela a la totalidad de normas de un sistema legal o a parte de ellas<sup>396</sup>. En concreto, este tipo de interpretación busca obtener información sobre el significado de una norma, considerándola dentro de un *sistema* o *contexto*, a saber, con base a su

---

<sup>387</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 53.

<sup>388</sup> MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. El criterio histórico en la interpretación jurídica. *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2013, vol. 22, no Ext. 599-632, p. 600.

<sup>389</sup> LENAERTS, Koen *et al.*, *op. cit.*, p. 19 y ss.

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>391</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>392</sup> BALDUS, Christian. Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado europeo: sobre la concretización de la “falta de conformidad de escasa entidad”. 2006, p. 1616.

<sup>393</sup> BECK, Gunnar. The Macro Level: The Structural Impact of General International Law on EU Law: The Court of Justice of the EU and the Vienna Convention on the Law of Treaties, *Yearbook of European Law*, Volume 35, Issue 1, December 2016, pp. 484–512, p. 494.

<sup>394</sup> Por la que señalan que la frase “consecuencias previstas” empleada en los artículos 13-15, estaría orientada al futuro, por lo que no cabría lugar a explicaciones *ex post*.

<sup>395</sup> Consideran que la terminología “existencia de toma de decisiones automatizadas”, incluiría la noción de “decisiones tomadas” y, en consecuencia, la frase “consecuencias previstas” podría apuntar a aquellas derivadas de una decisión en tales términos.

<sup>396</sup> ZUSMAN, Shoshana. La interpretación de la ley: teoría y métodos. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 162.

posición dentro de un *sistema jurídico*, una ley o dentro de un capítulo de la ley correspondiente<sup>397</sup>. Como bien lo sugiere Achondo parafraseando a Hegel “la concepción del método sistemático supone que la verdad está en el todo y no en las partes”<sup>398</sup>. O, en palabras de Larenz, “el sentido de la norma jurídica particular sólo es inferible las más de las veces cuando se considera como parte de la regulación a la cual pertenece”<sup>399</sup>. Las enseñanzas de Hobbes pueden servir como base para graficar la importancia de este enfoque: “los que insisten sobre textos singulares, sin tener en cuenta el designio capital, no pueden derivar de ello nada claro”<sup>400</sup>.

Este método parte desde la premisa de que el legislador es un *actor racional*, diseñador de un ordenamiento *coherente y completo*<sup>401</sup>. Así, puede argumentarse que este tipo de interpretación se sostiene en el principio de *certeza jurídica* y, en concreto, en su requerimiento de *coherencia legal*. Las distintas disposiciones legales europeas deben interpretarse de tal como que se garantice que no existe un conflicto entre ellas y el régimen general que las contiene<sup>402</sup>. Ello deriva del hecho de que la interpretación sistemática se debe efectuar en razón del concepto de “sistema jurídico”, entendido en palabras simples como un conjunto de normas vertebrados por relaciones de *coordinación* entre normas de un mismo rango y *subordinación* respecto de normas de rango superior, las que limitan y enmarcan formalmente la existencia de las normas inferiores<sup>403</sup>. Este sistema es de carácter dinámico, en el sentido de que se constituye por un conjunto de reglas que permiten la *transformación, movilidad y flexibilidad* del ordenamiento jurídico<sup>404</sup>. De este modo, en ciertas ocasiones una interpretación sistemática puede conducir a la *construcción del derecho*, por ejemplo, cuando en un determinado sistema jurídico existan “enunciados particulares carentes de algún elemento que les otorgue la claridad suficiente para determinar su alcance, caso en el cual resultará necesario acudir a los demás enunciados para completar el o los incompletos o confusos”<sup>405</sup>. Para MacCormick, una interpretación sistemática puede basarse en elementos de un sistema jurídico que pueden ir más allá de la propia ley, entre otros, la jurisprudencia, la analogía y los principios generales de derecho<sup>406</sup>.

Hay quienes sostienen que el TJUE le entrega mayor significancia al resultado derivado de una interpretación sistemática que aquél resultante de una gramatical<sup>407</sup>. Sin embargo, otros manifiestan una postura más graduada señalando que “el Tribunal de Justicia se considera libre para tomar en cuenta aspectos literales, sistemáticos y teleológicos, sin ninguna regla de prioridad o jerarquía entre ellas y sin que se dé un peso fijo a cada uno”<sup>408</sup>. De hecho, algunos han afirmado que el enfoque interpretativo seguido por el TJUE puede describirse como uno *cumulativo o variable*, lo que se traduce en que este tribunal generalmente toma en cuenta y sopesa todos los criterios de los distintos métodos interpretativos<sup>409</sup>. En este sentido, el TJUE ha establecido que “al interpretar una disposición de Derecho Comunitario es necesario considerar *no sólo su texto* sino

---

<sup>397</sup> BLECKMANN, Albert, *Europarecht*. Berlin, 1990, p. 127.

<sup>398</sup> ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, *op. cit.*, p. 43.

<sup>399</sup> Véase, MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. Curso de teoría del derecho. Universidad de La Rioja, 2013, pp. 194-195.

<sup>400</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Versión electrónica, 2017, traducción Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, p. 513.

<sup>401</sup> LENAERTS, Koen *et al.*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>402</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>403</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *op. cit.*, p. 149.

<sup>404</sup> *Ídem*.

<sup>405</sup> ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, *op. cit.*, p. 43.

<sup>406</sup> ZUSMAN, Shoshana, *op. cit.*, p. 162-163. En base a esta idea, Zusman elabora sobre las cinco formas de interpretación sistemática propuestas por MacCormick: (i) la interpretación sistemática basada en la armonización conceptual; (ii) la interpretación sistemática basada en el precedente; (iii) la interpretación sistemática basada en la analogía; (iv) la interpretación sistemática-conceptual; y (v) la interpretación sistemática recurriendo a los principios generales de derecho.

<sup>407</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 57.

<sup>408</sup> BECK, Gunnar, *op. cit.*, pp. 495 y 511.

<sup>409</sup> *Ibidem*, pp. 495.

también el *contexto* en el que ocurre y los *objetivos de las normas* de las que forma parte”<sup>410</sup>. Como se aprecia, el TJUE sugiere que una interpretación no se acabaría con el empleo del método gramatical, sino que debe considerar también el sistemático (“contexto”) y el teleológico (“objetivos de las normas”).

Entendido el ordenamiento jurídico como un “sistema jurídico”, la interpretación sistemática puede resultar una pieza clave en el debate sobre la existencia del derecho de explicación. Este derecho, si bien no se encuentra expresamente contemplado en el artículo 22.3. del RGPD, se menciona textualmente en su considerando 71. Los detractores de este derecho sugieren que su existencia no puede derivarse de la lectura de los artículos 13 a 15, ni del artículo 22.3., ni del considerando 71 del RGPD. Como hemos visto, sus argumentos giran en torno a una interpretación gramatical e histórica. Sin embargo, dejan fuera del tintero a los restantes métodos de interpretación, entre ellos, el sistemático. En efecto, los Wachter *et al.* blanden sus argumentaciones en virtud de un *análisis individual* de dichos artículos<sup>411</sup>, sin considerarlos en su conjunto, esto es, como parte de un sistema jurídico, i.e. el RGPD.

Esta normativa deriva del derecho originario o primario conforme al artículo 288 TFUE. El propio Reglamento nos explica sus fuentes y objetivos. Su artículo 1.2. prescribe que uno de sus objetivos es “protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales”. Al respecto, el considerando 1 del RGPD aclara que la protección de los datos personales es un derecho fundamental en la UE conforme al artículo 8 de la CDFUE y al artículo 16.1. TFUE<sup>412</sup>. En tal sentido, el considerando 2 del RGPD consigna que los principios y normas en materias de protección de datos personales deben *respetar* las libertades y derechos fundamentales de todo individuo, cualquiera sea su nacionalidad o residencia, en particular, el mentado derecho a la protección de datos personales. El legislador europeo reconoce expresamente que el Reglamento pretende contribuir con los fines generales del Derecho de la Unión, haciendo un guiño a los artículos 3 TUE y 67 TFUE<sup>413</sup>. Mediante una frase optimista, el legislador de la Unión afirma que “el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad” y reitera que el “Reglamento respeta todos los derechos fundamentales y observa las libertades y los principios reconocidos en la Carta conforme se consagran en los Tratados”<sup>414</sup>.

En lo que concierne a este trabajo, a saber, los *derechos del interesado*, el legislador de la Unión manifiesta que “la protección efectiva de los datos personales en la Unión exige que se *refuercen* y especifiquen *los derechos de los interesados y las obligaciones* de quienes tratan y determinan el tratamiento de los datos de carácter personal”<sup>415</sup>. Naturalmente, esa exigencia de “reforzamiento” puede lograrse mediante esfuerzos interpretativos en la aplicación del derecho. Por

---

<sup>410</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 1983, *Merck v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, asunto 292/82, ECLI:EU:C:1983:335, párrafo 12.

<sup>411</sup> Prueba de ello, es que en su trabajo esgrimen sus argumentos en distintos capítulos, cada uno referente a un precepto específico, partiendo con el artículo 22 (capítulo intitulado “A right to explanation derived from safeguards against automated decision-making”), luego artículos 13-14 (capítulo bajo el título “A right to explanation derived from notification duties”) y, finalmente, el artículo 15 (capítulo titulado “A right to explanation derived from the right of access”).

<sup>412</sup> Y el considerando 11 del RGPD que hace énfasis en ello: “El artículo 16, apartado 2, del TFUE encomienda al Parlamento Europeo y al Consejo que establezcan las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal y las normas relativas a la libre circulación de dichos datos”.

<sup>413</sup> Considerando 2 del RGPD: “El presente Reglamento pretende contribuir a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia y de una unión económica, al progreso económico y social, al refuerzo y la convergencia de las economías dentro del mercado interior, así como al bienestar de las personas físicas”.

<sup>414</sup> Considerando 4 del RGPD, que continúa del siguiente modo: “(...) en particular el respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y la diversidad cultural, religiosa y lingüística”.

<sup>415</sup> Considerando 11 del RGPD.

otro lado, en materias de transparencia, el considerando 39 del RGPD indica que “las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento”.

Como ya se podrá concluir, el RGPD no es una norma que se justifica a sí misma. Este Reglamento, como lo hemos reiterado en varias oportunidades, encuentra su fundamento último en el *derecho primario*. En particular, el RGPD se sustenta en los *Tratados de la UE*, pero también en los *derechos fundamentales*, que tienen el mismo valor jurídico que los primeros conforme al artículo 6.1. TUE. En definitiva, este cuerpo normativo se viste con los ropajes que le entrega el derecho primario de la Unión, los que debe cuidar y respetar<sup>416</sup>. Entre dichos atuendos naturalmente se encuentran el *derecho a la tutela judicial efectiva*, el principio del *debido proceso*, entre otros derechos, valores, principios y sus respectivas vertientes. El RGPD luce dichos trajes a lo largo de su articulado, y no solo eso, también los protege. Por ejemplo, el artículo 58.4. del RGPD establece que el ejercicio de los poderes de las autoridades de control deberá sujetarse a “garantías adecuadas”, incluida la *tutela judicial efectiva* y el respeto de las *garantías procesales* establecidas en el Derecho de la Unión. Otros ejemplos se encuentran en el artículo 83.8. y en el considerando 148 del RGPD, como lo expusimos anteriormente.

De este modo, entendidos como parte de un todo, los artículos 13 a 15, 22.3. y el considerando 71, debiesen interpretarse sistemática o contextualmente como reglas que hagan coherente al sistema jurídico europeo. Dichas disposiciones legales se encuentran sometidas a una relación de *subordinación* respecto del derecho primario, el que, como se estudió, *limita y enmarca formalmente la existencia de las primeras*. Además, y partiendo desde la base de dicha subordinación, los referidos preceptos se vinculan entre sí mediante una relación de *coordinación* que demanda *coherencia y consistencia* entre ellas a la luz del derecho primario. Desde un punto de vista de la subordinación, el derecho de explicación resulta decisivo en el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y otros derechos y principios del derecho primario. Desde la arista de la coordinación, el derecho de explicación no solamente sería *conditio sine que non* para el ejercicio adecuado y efectivo del derecho de impugnación del artículo 22.3., sino que para que los efectos propios de la relación de subordinación se cristalicen.

El uso del método sistemático por parte del TJUE en materias de protección de datos personales no es un fenómeno inusual. En el caso *Breyer*, el AG Campos Sánchez-Bordona complementó una interpretación histórica de la Directiva 95/46/CE mediante una interpretación sistemática a la luz de sus *considerandos*<sup>417</sup>, método que fue seguido por el TJUE, que confirmó las conclusiones del AG<sup>418</sup>. En particular, tanto el AG como el TJUE concluyeron que una dirección IP dinámica registrada por un proveedor de servicios de medios en línea con ocasión de la consulta por una persona de un sitio de Internet que ese proveedor hace accesible al público *constituye respecto a dicho proveedor un dato personal*. Esta conclusión se fundamentó en el considerando 26 de la Directiva 95/46/CE, que ofrecía criterios interpretativos adicionales a los establecidos en el artículo 2, literal a) de dicha normativa. Como se ve, este caso grafica la importancia que se le asigna a la relación de *coordinación*.

El mismo método fue empleado por el TJUE en el caso *Google Spain* para construir judicialmente el denominado “derecho al olvido” en el contexto de la Directiva/95/46/CE, hoy consagrado positivamente en el artículo 17 del RGPD. Al reconocer este derecho, el TJUE no solamente basó sus argumentos atendiendo a otros derechos (acceso y oposición) y sus principios

---

<sup>416</sup> “Deber” que el legislador asume en el considerando 2 del RGPD: “Los *principios y normas* relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carácter personal *deben*, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, *respetar sus libertades y derechos fundamentales*, en particular el derecho a la protección de los datos de carácter personal” (el énfasis nuestro).

<sup>417</sup> Conclusiones del AG Campos Sánchez-Bordona de fecha 2 de mayo de 2016, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-582/14, ECLI:EU:C:2016:339, párrafos 67-68, 70 y 72.

<sup>418</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2016, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, párrafos 42-43, 46 y 49.

(calidad y licitud) de la Directiva, sino que también tomando como norte a los derechos fundamentales de la UE (respeto a la vida privada y protección de datos personales)<sup>419</sup>. De este modo, el TJUE no solo hizo referencia a la relación de coordinación entre las normas del mismo rango (derechos y principios de la Directiva), sino que además a la subordinación existente entre ellas y las de derecho primario (derechos fundamentales).

En un más reciente caso, el AG Pikamäe interpretó el artículo 22 del RGPD como una *prohibición* a la luz de la lógica del considerando 71, lo que sugeriría el uso “cumulativo” de los métodos sistemáticos y gramaticales<sup>420</sup>.

Finalmente, resta analizar el *método teleológico* u *objetivo*. En términos amplios, consiste en atribuir de significado a una norma o cláusula atendiendo a la *finalidad* del precepto o pacto<sup>421</sup>, su *ratio legis*. Esto porque cuando el legislador le da una forma y contenido a una ley persigue un objetivo o solución en particular<sup>422</sup>. Estas finalidades son objetivas, por ende, perceptibles, determinables y vinculadas a una realidad conocida, en contraposición a fines subjetivos de alguna persona o de un grupo determinado al margen de la voluntad e intenciones del legislador<sup>423</sup>. Para quienes conciben la norma objetivamente, una vez que esta cobra vigor tiene vida independiente de la voluntad del legislador, lo cual resulta trascendental para entender que ella se condicionará por el devenir de la comunidad en la que esté vigente<sup>424</sup>. Esto implica que el sentido objetivo de la ley no es estático, sino que *dinámico*, dependiente de las relaciones sociales inmersas en un contexto histórico y evolutivo, que deben tomarse en cuenta bajo este tipo de interpretación<sup>425</sup>.

Como bien lo resume Martínez de Pisón, “el intérprete no puede detenerse en los fines de quienes establecieron la norma, sino que hay que estudiar los fines que derivan de la propia norma, en la medida que el Derecho busca el aseguramiento de la paz, la justa resolución de los litigios, y otros fines que están al margen de las intenciones de quienes legislan”<sup>426</sup>. A nuestro parecer, esta idea sería uno de los elementos que distinguiría a este método interpretativo de la interpretación histórica. A mayor abundamiento, Martínez de Pisón contrasta este criterio teleológico con el gramatical y el sistemático a la luz del carácter dinámico del derecho<sup>427</sup>.

Sin embargo, lo anterior no debe llevar a concluir que el método teleológico y el sistemático serían incompatibles. Por el contrario, sugeriría que son complementarios en la búsqueda de significado. En efecto, este tipo de interpretaciones suelen interrelacionarse debido a que es en virtud del método sistemático que el TJUE puede identificar el objetivo perseguido por la disposición correspondiente<sup>428</sup>. De hecho, Rojas sugiere que este método sería un paso siguiente y necesario para determinar si el resultado de una interpretación gramatical y sistemática realmente

---

<sup>419</sup> Sentencia de 13 de mayo de 2014, *Google Spain, S.L. y Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, asunto C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, párrafos 67-71, 81, 97 y 99.

<sup>420</sup> Conclusiones del AG Pikamäe de fecha 16 de marzo de 2023, *OQ contra Land Hessen, con intervención de: SCHUFA Holding AG*, asunto C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, párrafo 31: “En efecto, una interpretación a la luz del considerando 71 de dicho Reglamento, teniendo en cuenta la lógica de esta disposición, en particular de su apartado 2, que enumera los supuestos en los que tal tratamiento automatizado se autoriza de forma excepcional, permite concluir más bien que esta disposición establece una prohibición general de las decisiones del tipo descrito anteriormente”.

<sup>421</sup> ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, *op. cit.*, p. 48.

<sup>422</sup> Véase, ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 58; ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>423</sup> Véase, MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *op. cit.*, p. 196; ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, *op. cit.*, p. 49.

<sup>424</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *op. cit.*, p. 196.

<sup>425</sup> Véase, ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 58; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *op. cit.*, p. 196.

<sup>426</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *op. cit.*, p. 196.

<sup>427</sup> *Ídem*.

<sup>428</sup> LENAERTS, Koen *et al.*, *op. cit.*, p. 25.

se corresponde con el objetivo de la norma<sup>429</sup>. Según el mismo autor, el TJUE ha venido utilizando conjuntamente los métodos sistemático y teleológico<sup>430</sup>.

Como bien lo vimos, el TJUE generalmente se considera libre para abrazar los criterios gramaticales, sistemáticos y teleológicos, siguiendo un enfoque *cumulativo*<sup>431</sup>. De hecho, el TJUE estableció que “al interpretar una disposición de Derecho Comunitario es necesario considerar *no sólo su texto* sino también el *contexto* [criterio sistemático] en el que ocurre y los *objetivos de las normas* [criterio teleológico] de las que forma parte”<sup>432</sup>. Con todo, el *ex* Abogado General Fennelly ha señalado a este criterio como el elemento característico del método interpretativo del TJUE<sup>433</sup>. Sin ir más lejos, un antiguo presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora TJUE) manifestó que “los métodos de interpretación gramatical e histórico son de menor importancia. La interpretación sistemática y teleológica (...) son, en cambio, los más importantes”<sup>434</sup>.

Algunos ven a este método en la cúspide de la hermenéutica normativa, pero recomiendan manejarlo con cautela para no incurrir en interpretaciones que atribuyan finalidades más bien subjetivas del intérprete que objetivas de la ley<sup>435</sup>, probablemente refiriéndose a casos extremos de activismo judicial<sup>436</sup>. Dicha caracterización no es infundada. Recordemos, la ley europea es eminentemente intencional (*purposive*), y el proceso legislativo se desarrolla siguiendo este enfoque<sup>437</sup>. Basta traer a colación los ejemplos de los propios Tratados de la Unión, que consisten principalmente en metas y objetivos. Esto ha llevado a concluir a algunos —sin perjuicio del enfoque cumulativo referido anteriormente— que el TJUE le ha otorgado prioridad a este método<sup>438</sup>.

Pescatore resalta, en primer lugar, que el derecho originario europeo se caracteriza por ser redactado en términos amplios en cuanto a las metas y objetivos de la Unión y, en segundo lugar, que la formulación del derecho derivado usualmente es altamente técnica y compleja<sup>439</sup>. El autor concluye que, “para llenar el vacío entre esos dos extremos —la generalidad del derecho primario y el alto grado de precisión del derecho derivado—, el TJUE no tiene más remedio que *considerar los objetivos perseguidos* por los Tratados”<sup>440</sup>. Una interpretación puede ser efectuada de modo restringido o amplio en relación con los objetivos del Derecho de la Unión. Un precepto será interpretado *restrictivamente* cuando constituya una excepción de los objetivos de la normativa que la contiene<sup>441</sup>.

---

<sup>429</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 58.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>431</sup> Véase, BECK, Gunnar, *op. cit.*, pp. 495. Por otro lado, en cierta literatura hispana se ha preferido emplear la terminología “aplicación combinada” de los distintos métodos interpretativos. Véase, ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 52.

<sup>432</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 1983, *Merck v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, asunto 292/82, ECLI:EU:C:1983:335, párrafo 12. Los corchetes son nuestros.

<sup>433</sup> FENNELLY, Nial. Legal interpretation at the European Court of Justice. En *Fordham International Law Journal*, Volume 20, Issue 3, 1996, p. 664.

<sup>434</sup> Citado por WEATHERILL, Stephen; BEAUMONT, Paul. *EU law*. London, Penguin books, Tercera Edición, 1999. p. 190.

<sup>435</sup> ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio, *op. cit.*, p. 50.

<sup>436</sup> Sobre este particular, véase, LENAERTS, Koen *et al.*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>437</sup> KLIMAS, Tadas *et al.*, *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>438</sup> Véase, PESCATORE, P. Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice, en *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, vol. 2, 1972, p. 325; ARNULL, A., *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford University Press, 2006, p. 612.

<sup>439</sup> PESCATORE, P., *op. cit.*, p. 328-329.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 329.

<sup>441</sup> Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Albert Anker, Klaas Ras, Albertus Snoek y Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-47/02, ECLI:EU:C:2003:516, párrafo 60.

Al efecto, el TJUE ha resuelto que “según reiterada jurisprudencia, las excepciones han de interpretarse de modo estricto para que las normas generales no queden sin efecto”<sup>442</sup>. Por el contrario, si los objetivos perseguidos por la normativa de la Unión no pueden lograrse sin una interpretación *amplia*, el TJUE seguirá dicho método interpretativo<sup>443</sup>.

La literatura ha sugerido tres categorías de interpretación teleológica, a saber, (i) la interpretación teleológica basada en el concepto de *efectividad* (*effet utile*), (ii) la interpretación teleológica *stricto sensu*, y (iii) la interpretación *consecuencialista*<sup>444</sup>.

La interpretación basada en la noción de *effet utile* se ha considerado como una rama del método teleológico<sup>445</sup> y, no solo eso, sino también incluida en el método sistemático, o al menos ir de la mano con aquél, en el sentido de que solo después de examinar el contexto normativo en el que se ubica una disposición de la Unión se puede elegir la interpretación que mejor preserve su efectividad<sup>446</sup>. En particular, una interpretación *effet utile*, también llamada *interpretación funcional*, busca asegurar la efectividad de la disposición concreta<sup>447</sup>. Más específicamente, esta doctrina establece que una vez que se identifica con claridad la finalidad u objeto de un precepto, sus términos deben interpretarse de un modo que asegure que la disposición conserve su eficacia<sup>448</sup>. La lógica subyacente de este método puede reconducirse, por ende, a la locución latina *ut res magis valeat quam pereat*.

Por su lado, conforme a una interpretación teleológica en *stricto sensu*, una norma ambigua o incompleta debe interpretarse conforme a los objetivos que persigue<sup>449</sup>.

Finalmente, la *interpretación consecuencialista* se enfoca en las consecuencias que se derivan de una elección interpretativa<sup>450</sup>. Cuando una norma persigue varios objetivos, todos ellos con el mismo grado de importancia, pero contradictorios, el TJUE aplica el principio de proporcionalidad como criterio dirimente para decidir qué objetivo debe prevalecer sobre los otros<sup>451</sup>.

El TJUE ha apelado al método teleológico en incontables ocasiones, incluso en materias de protección de datos personales. Por ejemplo, empleando el método de interpretación teleológico *stricto sensu*, resolvió que “teniendo en cuenta el *objeto* de esta Directiva [la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad<sup>452</sup>], es preciso dar una *interpretación amplia* a la expresión «datos relativos a la salud»,

---

<sup>442</sup> Sentencia de 22 de abril de 2010, *Comisión Europea v Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, asunto C-346/08, ECLI:EU:C:2010:213, párrafo 39.

<sup>443</sup> El TJUE ha manifestado esta postura indicando que “con el fin de dotar de efecto útil a las disposiciones que figuran en el título II, capítulo 3, del Tratado CEEA, el Tribunal de Justicia las ha interpretado en varias ocasiones de manera amplia”. Véase, Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *Comisión de las Comunidades Europeas v Consejo de la Unión Europea*, asunto C-29/99, ECLI:EU:C:2002:734, párrafo 78.

<sup>444</sup> Véase, BENGOTXEA, Joxerramon. *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*. Oxford, Clarendon, 1993.

<sup>445</sup> LIAKOPOULOS, Dimitris. The “Effet Utile” in CJEU Jurisprudence. En *Revista Vertentes do Direito*, 2020, vol. 7, no 1, p. 98-132, p. 105.

<sup>446</sup> LENAERTS, Koen *et al.*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>447</sup> *Ídem*.

<sup>448</sup> Sentencia de 6 de octubre de 1970, *Franz Grad v Finanzamt Traunsfeld*, asunto 9/70, ECLI:EU:C:1970:78, párrafo 5.

<sup>449</sup> LENAERTS, Koen *et al.*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>450</sup> *Ídem*.

<sup>451</sup> LENAERTS, Koen; GUTIÉRREZ-FONS, José A. The constitutional allocation of powers and general principles of EU law. En *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, no 6, 1649 y ss.

<sup>452</sup> Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Göta hovrätt v Bodil Lindqvist*, asunto C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, párrafo 3.

empleada en su artículo 8, apartado 1, *de modo que comprenda la información relativa a todos los aspectos, tanto físicos como psíquicos, de la salud de una persona*<sup>453</sup>.

En el ya mencionado asunto *Google Spain*, el TJUE se apoyó en interpretación sistemática y teleológica *effet utile* de la Directiva 95/46/CE para efectos de construir judicialmente el “derecho al olvido”, por un lado, y para dilucidar sobre el sentido de varios de los elementos de dicha normativa<sup>454</sup>. Al respecto, el TJUE aclaró que “además, visto el *objetivo* de la Directiva 95/46 de *garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad*, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, *esta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva*”.

En el contexto del RGPD, el uso del método teleológico ha cobrado gran relevancia para zanjar dudas sobre determinados elementos normativos, entre ellos, la naturaleza del artículo 22. Como lo analizamos en el Capítulo 3.3., tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional de los Estados miembros ha calificado la naturaleza del artículo 22.1. como una prohibición en vez de un derecho. Ello en base a que, además de que el RGPD tiene por objetivo proteger los derechos y libertades fundamentales de los individuos (especialmente la protección de los datos personales y el respeto a la vida privada), el artículo 22, apuntaría a proteger la dignidad de las personas, a proteger a los interesados de potenciales efectos negativos de las decisiones automatizadas, asegurar la calidad de las decisiones y proteger el debido proceso<sup>455</sup>.

En base a lo que venimos indicando creemos que el empleo del método teleológico resulta crucial en la tarea de dilucidar sobre la existencia del derecho de explicación. Esto nos obliga no solamente a considerar las distintas normas del RGPD, sino que el derecho europeo en general y, en concreto, el derecho originario del cual deriva. En general, las diversas disposiciones del RGPD se fundamentan en un objetivo general, a saber, el *respeto de los derechos y libertades fundamentales de la Unión*<sup>456</sup>. Ciertos pasajes del Reglamento, además, indican que esta normativa protege a los individuos de eventualidades concretas, por ejemplo, *discriminación, daños materiales o inmateriales, usurpación de identidad, daño para la reputación*, entre otros<sup>457</sup>.

Los propios principios generales del RGPD están profundamente dotados de teleología. Son abstracciones que representan la médula de un conjunto de normas legales y que al mismo tiempo cuentan con fuerza normativa propia y significancia coercitiva<sup>458</sup>. Por ejemplo, el principio de transparencia tiene, entre otras finalidades, la toma de conocimiento por parte del interesado acerca de *qué datos* se recogen, *para qué fines* y *qué riesgos* lleva aparejado un tratamiento<sup>459</sup>. Por otro lado, el principio de lealtad, si bien no se define en el RGPD, implica que los datos personales no deben procesarse de una manera que el titular pueda considerar *inesperada, inapropiada u objetable de cualquier otra manera*<sup>460</sup>. También significa que los responsables del tratamiento deben *tomar en cuenta los intereses y expectativas razonables de los titulares de datos*<sup>461</sup>.

Además, el Reglamento incluye disposiciones de carácter procedimental cuyos fundamentos subyacen en el derecho originario. Por ejemplo, los artículos 58.4. y 83.8. sujetan a los poderes de las autoridades de control al derecho a la *tutela judicial efectiva* y al *respeto de las*

---

<sup>453</sup> Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Göta hovrätt v Bodil Lindqvist*, asunto C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, párrafo 50. El énfasis es nuestro.

<sup>454</sup> Sentencia de 13 de mayo de 2014, *Google Spain, S.L. y Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, asunto C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, párrafos 53-54, 67-71, 81, 97 y 99.

<sup>455</sup> PARVAINEN, Henni, *op. cit.*, p. 230-231.

<sup>456</sup> Artículo 1.2. y considerandos 1 a 4 y 12 del RGPD.

<sup>457</sup> E.g. considerandos 75 y 85 del RGPD.

<sup>458</sup> Véase, TZANOU, Maria. *The Fundamental Right to Data Protection Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance*, 2017, Hart Publishing, p. 42; BYGRAVE, Lee Andrew, *Data Privacy Law: An International Perspective*, 2014, Oxford Scholarship Online.

<sup>459</sup> Considerando 39.

<sup>460</sup> Reporte Explicativo, Convenio 108 Plus, p. 20.

<sup>461</sup> *Consúltese*, BYGRAVE, Lee Andrew, *Data Privacy Law...*, *op. cit.*

*garantías procesales establecidas en el Derecho de la Unión.* En cuanto a las decisiones individuales automatizadas, el artículo 22.3. del RGPD concede, entre otros, el “derecho de impugnación” y el “derecho a expresar un punto de vista”, que tienen por objetivo proteger la dignidad de las personas, evitar decisiones con efectos negativos y proteger el debido proceso<sup>462</sup>.

Como vemos, el sistema jurídico del RGPD deriva de las exigencias del derecho originario: se justifica en sus valores, principios generales y derechos fundamentales.

En vista de lo anterior, el derecho de explicación, desde un punto de vista de *coordinación*, debe entenderse implícito en el derecho de impugnación del artículo 22.3.

Sin una explicación *ex post* de una decisión, el derecho de impugnación sería inútil y carente de contenido y eficacia. Sería letra muerta. Así, el derecho de explicación resulta perentorio para cumplir con los objetivos del derecho de impugnación, los cuales son los mismos que los objetivos del RGPD, a saber, la protección de la dignidad de la persona, el debido proceso y, últimamente, sus libertades y derechos fundamentales. De este modo, desde la arista de la *subordinación*, el derecho de explicación vendría en constituirse como el eslabón faltante para que el derecho derivado pueda lograr los objetivos del Derecho de la Unión, el derecho originario.

En fin, las diversas normas del RGPD y, en especial los artículos 12-15, 22 y el considerando 71, deben interpretarse de un modo que asegure su eficacia en la tarea última de asegurar los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Derecho de la Unión.

De este modo, bajo una interpretación teleológica *stricto sensu* se aseguraría la consecución de los *finés u objetivos* (i) del derecho de explicación, (ii) de los derechos de impugnación y a solicitar la intervención humana, (iii) del RGPD, y (iv) del Derecho de la Unión. Por otro lado, una interpretación teleológica *effet utile* garantizaría la *eficacia* de los elementos (i) a (iv) anteriores.

## 6. EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE EXPLICACIÓN

En los capítulos anteriores discutimos sobre el debate existente en torno a la “existencia” del derecho de explicación, abogando por una postura que defiende su existencia en el RGPD. En el presente acápite elaboraremos sobre algunas posturas que ponen en duda la “efectividad” de este derecho y, posteriormente, ofreceremos algunas posibles soluciones, bajo la forma de “medidas adecuadas”, que podrían implementarse para efectos de contar con un marco práctico que lo transforme en una prerrogativa idónea de cara a las críticas referentes a su falta de efectividad. Estas medidas adecuadas, como se desarrollará, encuentran su punto de partida en el principio de *accountability* (o responsabilidad proactiva).

### 6.1. CRÍTICAS AL DERECHO DE EXPLICACIÓN

Dilucidado el debate que gira en torno a la existencia del derecho de explicación, han surgido múltiples opiniones que han puesto en tela de juicio la efectividad de este derecho.

Wachter *et al.* indican que, en casos concretos, explicar la funcionalidad y lógica de los sistemas algorítmicos de toma de decisiones es un problema técnicamente complejo, y que las explicaciones pueden ofrecer poca información significativa a los interesados<sup>463</sup>. Además, hacen hincapié en las limitaciones referentes divulgación de los detalles de los algoritmos protegidos por derechos de propiedad industrial (i.e. secretos industriales/empresariales)<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> PARVIAINEN, Henni, *op. cit.*, p. 230-231.

<sup>463</sup> WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. Counterfactual explanations without opening the black box: Automated decisions and the GDPR. En *Harv. JL & Tech.*, 2017, vol. 31, pp. 842-843.

<sup>464</sup> *Ibidem*, pp. 843.

Por su parte, Edwards *et al.* distinguen entre dos tipos de explicaciones algorítmicas, a saber, (i) las explicaciones centradas en los modelos (MCEs, por sus siglas en inglés), y (ii) las explicaciones centradas en los sujetos o interesados (SCEs, por sus siglas en inglés). Las MCEs incluyen las lógicas aplicables, así como las motivaciones, contexto, variables y desempeño detrás del modelo y el proceso de decisión, mientras que las SCEs hacen relación con las predicciones de interés particular, que pueden conducir o no a decisiones, pudiendo proporcionar información sobre “por qué” se hizo una predicción particular<sup>465</sup>. Los autores afirman que las SCEs se erigen como una mejor fuente de “información significativa” en comparación con las MCEs<sup>466</sup>. Sin embargo, señalan que ambos modelos de explicaciones están lejos de ser soluciones perfectas por dos motivos, (i) uno relacionado con el ámbito de la toma de decisiones (“Dominio de la toma de decisiones”), y (ii) otro que se relaciona con la interacción entre quién necesita una explicación y qué tan sólida sea esa explicación para ellos (“Usuarios”)<sup>467</sup>. En cuanto al primer motivo, la calidad de las explicaciones puede verse empobrecida por factores como la naturaleza multidimensional de la decisión, mientras que, respecto del segundo, por el tipo de individuo que pide una explicación<sup>468</sup>. Asimismo, los autores sostienen que, en la mayoría de los casos, las personas no disponen del tiempo, los recursos y los conocimientos necesarios para hacer un uso significativo del derecho de explicación<sup>469</sup>.

Edwards *et al.* también hacen crítica del derecho de explicación. En primer lugar, resaltan que el RGPD no regula adecuadamente la relación entre el derecho de explicación y los secretos empresariales, lo que podría generar dudas en cuanto a la efectividad de este derecho de cara a la protección de los algoritmos mediante los privilegios de propiedad industrial<sup>470</sup>. En segundo término, afirman que el ejercicio de los derechos de los interesados (entre ellos, el de explicación) demanda de una enorme cantidad de tiempo y persistencia por parte de los interesados, lo que se agudiza por los recurrentes problemas de acceso a la justicia en la UE<sup>471</sup>. En tercer lugar, manifiestan que una explicación podría resultar insuficiente para ejercer el derecho a impugnar la decisión tanto debido a las dificultades para expresar la lógica de las máquinas de forma comprensible para el humano como por el hecho de que por mucho que se revelen los modelos algorítmicos, sus entradas y ponderaciones, esto no garantiza que se evidencie si un sistema ha sido diseñado con sesgos, injusticias o engaños<sup>472</sup>. Edwards *et al.* indican que estas situaciones podrían hacer que el derecho de explicación se transforme en una formalidad vacía, encasillable dentro de la “falacia de la transparencia”<sup>473</sup>.

Gillis *et al.* por su parte aducen que una explicación técnica de un modelo estadístico o de ML no es suficiente para que el responsable justifique su procedimiento de toma de decisiones, sosteniendo que dicha explicación técnica puede incluso desviar la atención de las disposiciones más importantes del RGPD para garantizar el *accountability* de los sistemas<sup>474</sup>.

Finalmente, Casey *et al.* sostienen que, si bien las nociones de transparencia pueden ser vistas como soluciones robustas, resulta improbable que los mecanismos de inteligencia artificial explicable (XAI, por sus siglas en inglés) ofrezcan una utilidad remedial significativa a los

---

<sup>465</sup> EDWARDS, Lilian *et al.*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>466</sup> *Ibidem*, pp. 55-56, 58.

<sup>467</sup> *Ibidem*, pp. 59-61.

<sup>468</sup> *Ibidem*, pp. 22, 59-61.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>470</sup> EDWARDS, Lilian; VEALE, Michael. Enslaving the Algorithm: From a ‘Right to an Explanation’ to a ‘Right to Better Decisions’? (2018). En *IEEE Security & Privacy* (2018) 16(3), pp. 46-54, DOI: 10.1109/MSP.2018.2701152l, p. 4.

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>472</sup> *Ídem*.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>474</sup> GILLIS, Talia B.; SIMONS, Josh. Explanation < Justification: GDPR and the Perils of Privacy (April 19, 2019). En *Pennsylvania Journal of Law and Innovation*, 2019, p. 74.

interesados en situaciones donde la discriminación involucrada solo es observable a nivel estadístico<sup>475</sup>.

Así, es plausible concluir que, si bien el derecho de explicación constituye un buen punto de partida en la tarea de explicar las decisiones algorítmicas, no sería la panacea que muchos indican<sup>476</sup>.

## 6.2. ACCOUNTABILITY AL RESCATE

En el presente capítulo se desarrollará sobre posibles medidas de responsabilidad proactiva (o *accountability*) que pueden servir de base para que el derecho de explicación esté dotado de mayor eficacia de cara a las críticas referidas en el acápite anterior.

El principio de responsabilidad proactiva o *accountability* se encuentra consagrado en el artículo 5.2. del RGPD, que dispone que “el responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 [principios del RGPD] y capaz de demostrarlo”.

En su acepción más amplia, el término anglosajón *accountability* se relaciona con el concepto de responsabilidad “propriadamente tal” (“*responsibility*” o “*liability*”) o “responsabilidad por el cumplimiento normativo”. Además, este concepto cuenta con una dimensión adicional, relacionada con la *capacidad de demostrar el cumplimiento de las responsabilidades u obligaciones*<sup>477</sup>, lo que en el castellano se conoce como responsabilidad demostrada o proactiva.

Del tenor literal del artículo 5.2. del RGPD, se puede concluir que el Reglamento recoge ambas formas de *accountability*, esto es, (i) como una forma de reconocer que las personas y entes regulados están sujetas a responsabilidad legal en el cumplimiento de la norma y (ii) como un mandato legal de demostración dicho cumplimiento.

La forma en que el RGPD materializa este abstracto principio es a través de una serie de obligaciones, entre las que destacamos las de los artículos 24 a 42<sup>478</sup>. Además, el CEPD también ha considerado que las normas relativas a las transferencias internacionales de datos personales incluyen componentes claros de responsabilidad proactiva<sup>479</sup>.

Todas aquellas obligaciones requieren de la implementación de medidas técnicas y organizativas de diversa índole, por ejemplo, la seudonimización, anonimización, el cifrado, entre muchos otros. Sin embargo, el RGPD reconoce cierto grado de flexibilidad<sup>480</sup> en la elección de dichas medidas al establecer que las personas y entidades reguladas puedan aplicar las medidas técnicas y organizativas *apropiadas*, teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los

---

<sup>475</sup> CASEY, Bryan; FARHANGI, Ashkon; VOGL, Roland. Rethinking Explainable Machines: The GDPR's 'Right to Explanation' Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise (February 19, 2018). En *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 34, 2019, pp. 181-182.

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>477</sup> RAAB, Charles. The Meaning of ‘Accountability’ in the Information Privacy Context. En D. Guagnin, L. Hempel, C. Ilten a.o. (eds.), *Managing Privacy through Accountability*, 2012, Palgrave Macmillan, p. 193-232, pp. 16-17.

<sup>478</sup> Artículo 24 (“Responsabilidad del responsable del tratamiento”), 25 (“Protección de datos desde el diseño y por defecto”), 26 (“Corresponsables del tratamiento”), 27 (“Representantes de responsables o encargados del tratamiento no establecidos en la Unión”), 28 (“Encargado del tratamiento”), 29 (“Tratamiento bajo la autoridad del responsable o del encargado del tratamiento”), 30 (“Registro de las actividades de tratamiento”), 31 (“Cooperación con la autoridad de control”), 32 (“Seguridad del tratamiento”), 33 (“Notificación de una violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control”), 34 (“Comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales al interesado”), 35 (“Evaluación de impacto relativa a la protección de datos”), 36 (“Consulta previa”), 37-39 (“Delegado de protección de datos”) y 40-43 (“Códigos de conducta”).

<sup>479</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Dictamen 3/2010 sobre el principio de responsabilidad*, Adoptado el 13 de julio de 2010, 00062/10/ES, GT 173, p. 17.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 15.

finés del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas<sup>481</sup>.

En los siguientes sub-capítulos haremos referencia a determinadas obligaciones de responsabilidad proactiva o *accountability* del RGPD que podrían servir al objetivo de dotar de mayor efectividad al derecho de explicación. En concreto, sostendremos que las figuras de la evaluación de impacto de protección de datos (EIPD), las auditorías de protección de datos (en concreto, las auditorías algorítmicas) e, incluso los códigos de conducta, propenderían a un marco práctico más adecuado para el ejercicio del derecho de explicación, por un lado, y para la elaboración de algoritmos justos.

Finalmente, mencionaremos medidas que no se encuentran expresamente reconocidas por el RGPD pero que podrían verse como mecanismos de *accountability* en el sentido más amplio de este principio, esto es, como “medidas adecuadas” (véase, artículo 22.3. del RGPD) o “garantías apropiadas” (véase, considerando N° 73 del RGPD) para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado y, específicamente, facilitar la forma en que se entregan las explicaciones de las decisiones algorítmicas. En concreto, nos referimos a las explicaciones contrafactuales (o contra fácticas), las que han sido propuestas por varios académicos como un mecanismo de explicabilidad de razonable efectividad.

### 6.2.i. ACCOUNTABILITY ALGORÍTMICO

Como vimos en el Capítulo 6.1. de este trabajo, el derecho de explicación y, en general, los deberes informativos y el derecho de acceso del RGPD lamentablemente no pueden ser tenidos como las soluciones definitivas de cara a las decisiones individuales automatizadas.

Sin embargo, la regulación algorítmica del RGPD no se agota en dichos elementos normativos. Por el contrario, ofrece un amplio catálogo de figuras adicionales que posibilitan la creación de un marco de responsabilidad proactiva algorítmica. Nos referimos a (i) la evaluación de impacto de protección de datos, (ii) las auditorías algorítmicas, (iii) la privacidad desde el diseño y (iv) los códigos de conducta, los mecanismos de certificación, sellos y marcas.

#### 6.2.i.a) Evaluación de impacto de protección de datos

El CEPD ha reconocido que la evaluación de impacto de protección de datos (EIPD) es una obligación y herramienta clave de responsabilidad proactiva que “permite al responsable del tratamiento evaluar los riesgos que suponen las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles”<sup>482</sup>. En el contexto de las decisiones automatizadas, una EIPD es un proceso utilizado para reforzar y demostrar el cumplimiento mediante el examen sistemático de las técnicas de tratamiento automatizado para determinar las medidas necesarias para gestionar los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas derivados del tratamiento de datos personales<sup>483</sup>. Así, una EIPD permite “indicar que se han aplicado las medidas adecuadas para abordar dichos riesgos y demostrar que se cumple el RGPD”<sup>484</sup>.

El RGPD dispone que, como regla general, se requerirá de una EIPD “cuando sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, *entraña un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas*” (artículo 35, RGPD). En particular, en el caso de las decisiones algorítmicas, el Reglamento dispone

<sup>481</sup> Véase, artículos 24, 25, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 y 40 del RGPD. En prácticamente todas las obligaciones establecidas en estas disposiciones el legislador incorpora la necesidad de tomar en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto, los fines y riesgos para los derechos y libertades de los interesados.

<sup>482</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, op. cit., p. 33.

<sup>483</sup> CASEY, Bryan *et al.*, op. cit., p. 173, citando al GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679. Adoptadas el 4 de abril de 2017 Revisadas por última vez y adoptadas el 4 de octubre de 2017. 17/ES WP 248 rev.01.*

<sup>484</sup> *Ídem.*

que una EIPD se requerirá cuando tenga lugar una “evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar” (artículo 35.3.a) del RGPD).

A su turno, la LOPDGDD establece que una EIPD será necesaria en los supuestos en que el tratamiento pudiera generar discriminación (artículo 28.2.a) de la LOPDGDD), cuando el tratamiento implique una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos (artículo 28.2.d) de la LOPDGDD), entre otros casos atinentes.

Lo mismo ha sido establecido por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en su guía “Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art. 35.4)”<sup>485</sup>. De hecho, en esta guía se incorporan hipótesis de interés en el contexto de la toma de decisiones algorítmicas, por ejemplo, tratamientos de datos relativos a sujetos vulnerables o en riesgo de exclusión social (e.g. menores de catorce años, personas con cierto grado de discapacidad, personas que acceden a servicios sociales o que sean víctimas de violencia de género, entre otras), tratamientos que impliquen el uso de datos a gran escala, tratamiento de datos personales de categorías especiales, etc. Menciones similares pueden encontrarse en las guías facilitadas por el CEPD<sup>486</sup>.

Cabe tener presente que, de acuerdo con el CEPD, la obligación de realizar una EIPD será aplicable indistintamente tanto en caso de que se tomen de decisiones, incluida la elaboración de perfiles, con efectos jurídicos o significativamente similares *que no estén totalmente automatizadas*, así como en el caso de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado *definidas en el artículo 22, apartado 1*<sup>487</sup>.

De lo reseñado, se puede decir que las EIPDs no son obligatorias para todas las operaciones de tratamiento que resulten en simples riesgos, sino que, por el contrario, en *altos riesgos* para los derechos y libertades de las personas físicas. De ser este el caso, la evaluación *ex ante* de impacto de protección de datos es aplicable. De hecho, de existir dudas acerca de si el tratamiento importaría o no un nivel alto de riesgo, efectuar una EIPD previa constituye una buena práctica para efectos de determinar si dicha obligación es o no procedente respecto del tratamiento en cuestión<sup>488</sup>.

Al efectuarse una EIPD, el artículo 35.7. del RGPD requiere que esta evaluación incluya, como mínimo, a) una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y de los fines del tratamiento, inclusive, cuando proceda, el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento; b) una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad; c) una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, y d) las medidas previstas para afrontar los riesgos, incluidas garantías, medidas de seguridad y mecanismos que garanticen la protección de datos personales, y a demostrar la conformidad con el Reglamento, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de los interesados y de otras personas afectadas.

Como se ve, el RGPD exige, entre otras cosas, que esta evaluación de impacto *ex ante* contemple una serie de circunstancias que rodean al tratamiento de alto riesgo, requiriendo describirlo (junto con sus finalidades), evaluando aspectos de necesidad y proporcionalidad respecto a la finalidad, evaluando los riesgos para los derechos y libertades de los interesados y, de

---

<sup>485</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4)*, pp. 1-3.

<sup>486</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre la evaluación de impacto...*, *op. cit.*, pp. 10-12.

<sup>487</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>488</sup> CASEY, Bryan *et al.*, *op. cit.*, p. 176.

forma crucial, determinando las *medidas* previstas para afrontar los riesgos, incluyendo garantías y mecanismos al efecto.

Dichas medidas, señala el CEPD, pueden incluir, en el ámbito de las decisiones algorítmicas:<sup>489</sup>

- Informar al interesado acerca de la existencia del proceso de decisiones automatizadas y de la lógica aplicada en este;
- explicar la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento para el interesado;
- ofrecer al interesado los medios para oponerse a la decisión; y,
- permitir al interesado expresar su punto de vista.

A mayor abundamiento, las dichas medidas, garantías y mecanismos pueden consistir en:<sup>490</sup>

- Procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar;
- en particular, que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales;
- se reduce al máximo el riesgo de error; y,
- asegurar los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto.

Además, las decisiones o medidas algorítmicas no deben afectar a menores de edad<sup>491</sup>.

El delegado de protección de datos, en el contexto de las decisiones algorítmicas, también juega un importante rol debido a su nivel de *expertise* y responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones como asesor del responsable del tratamiento en el cumplimiento no solamente de las obligaciones y principios del RGPD (artículos 39.1.a. y 39.1.b.), que sin duda abarcan a las decisiones individuales automatizadas, sino que también en su función de ofrecer asesoramiento respecto de una EIPD (artículo 39.1.c.). Recordemos, además, que el DPD debe desempeñar sus funciones “prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento” (artículo 39.2.).

Dicho lo anterior, debe consignarse que las EIPDs no tienen por objeto servir como una herramienta que frene a un tratamiento concreto, sino más bien constituir una forma de perfeccionar o proporcionar elementos de *accountability* para el futuro funcionamiento de los sistemas complejos de tratamiento de datos personales<sup>492</sup>. Dicho de otro modo, una EIPD es un instrumento preventivo de protección de datos personales<sup>493</sup>.

Con todo, las EIPDs no sustituyen a las explicaciones algorítmicas ya que su finalidad es asistir a los responsables del tratamiento (quienes elaboran los sistemas) y a los reguladores (quienes tienen la labor de revisar la EIPD a través del mecanismo de consulta previa). Por ende, no es una herramienta que, al menos directamente, facilite transparencia ni explicabilidad

---

<sup>489</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>490</sup> Considerando N° 71 del RGPD, párrafo segundo.

<sup>491</sup> *Ibidem*, párrafo primero.

<sup>492</sup> EDWARDS, Lilian *et al.*, *Enslaving the Algorithm...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>493</sup> VOIGT, Paul; VON DEM BUSSCHE, Axel. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, 1st Ed., Cham: Springer International Publishing, 2017, p. 47.

algorítmica a los interesados. De hecho, no es obligatorio que las EIPDs se hagan públicas, sin perjuicio de que el CEPD lo considera una buena práctica que fomentaría la confianza<sup>494</sup>.

Lo anterior, sin perjuicio de que el artículo 35.9. del RGPD prescribe que “cuando proceda, el responsable recabará la opinión de los interesados o de sus representantes en relación con el tratamiento previsto, sin perjuicio de la protección de intereses públicos o comerciales o de la seguridad de las operaciones de tratamiento”. Esta disposición de por sí resulta vaga en cuanto a su obligatoriedad: ¿es obligatorio que el responsable recabe la opinión de aquellos sujetos o, por el contrario, es un elemento meramente voluntario?

La doctrina se encuentra dividida. Algunos sostienen que no sería obligatorio, ya que, al menos en la versión en inglés del RGPD, se utiliza la voz “where appropriate”<sup>495</sup>. Para otros, sería una obligación, debido a que, acto seguido, el texto en inglés del RGPD emplea la frase “the controller *shall* seek the views of data subjects or their representatives” (el énfasis en “shall seek”, esto es, “recabará”). Si el legislador hubiese preferido que esta disposición fuese voluntaria, habría elegido las palabras “may” o “can” (podrá)<sup>496</sup>. A nuestro juicio, se trata de una obligación ya que el texto en castellano es claro al emplear la frase “cuando proceda, el responsable *recabará*...”. Sin embargo, las guías del CEPD parecieran inclinarse por su carácter voluntario, al indicar que el “responsable debe documentar su justificación para no recabar las opiniones de los interesados si decide que esto no resulta adecuado, por ejemplo, si hacerlo pusiera en peligro la confidencialidad de los planes de negocio de las empresas, o si fuera desproporcionado o impracticable”<sup>497</sup>.

Ahora bien, no existe claridad sobre la frase “cuando proceda”, en concreto, sobre los criterios que harían “necesario” que el responsable recabe la opinión del interesado o de sus representantes. Esto es algo que deberá ser aclarado por las distintas autoridades de protección de datos personales, los tribunales de justicia competente o, en última instancia, por el TJUE.

Sea como sea, el CEPD sostiene que “dichas opiniones pueden recabarse a través de una variedad de medios dependiendo del contexto (p. ej., un estudio genérico relacionado con el fin y los medios de la operación de tratamiento, una pregunta a los representantes de los empleados o encuestas habituales enviadas a los futuros clientes del responsable del tratamiento)”<sup>498</sup>. Además, indica que “si la decisión final del responsable del tratamiento difiere de las opiniones de los interesados, dicho responsable debe documentar sus motivos para seguir adelante o no”<sup>499</sup>.

Como buena práctica, dentro de este contexto, el CEPD recomienda, entre otras cosas, recabar el asesoramiento de expertos independientes de distintas profesiones (abogados, expertos en TI, expertos en seguridad, sociólogos, expertos en ética, etc.)<sup>500</sup>, lo cual, a nuestro juicio, tendría positivos efectos en lo que atañe a los tratamientos algorítmicos de datos personales.

De este modo, entendemos que la labor del derecho de explicación *ex post* y la obligación de efectuar una EIPD *ex ante* se complementan armónicamente y podrían tomarse como distintas etapas o filtros que facilitarían un mejor marco de *accountability algorítmico*.

El resultado de una EIPD resulta en un elemento esencial de cara al futuro de los sistemas de decisiones individuales automatizadas. En efecto, el RGPD establece un filtro adicional, consistente en la obligación de requerir una consulta previa a la autoridad de control cuando una EIPD muestre que el tratamiento entrañaría un alto riesgo si el responsable no toma medidas para

---

<sup>494</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre la evaluación de impacto...*, *op. cit.*, pp. 20.

<sup>495</sup> NOYB, *Data subjects involvement in the drafting of the DPIA, Article 35*. Disponible en [https://gdprhub.eu/index.php?title=Article\\_35\\_GDPR#\(9\)\\_Data\\_subjects\\_involvement\\_in\\_the\\_drafting\\_of\\_the\\_DPIA](https://gdprhub.eu/index.php?title=Article_35_GDPR#(9)_Data_subjects_involvement_in_the_drafting_of_the_DPIA) (último acceso, 11 de octubre de 2024).

<sup>496</sup> *Ídem*.

<sup>497</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre la evaluación de impacto...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>498</sup> *Ibidem*, pp. 16-17.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>500</sup> *Ídem*.

para mitigarlo (artículo 36.1.)<sup>501</sup>. En otras palabras, esta obligación es exigible cuando el llamado “riesgo residual” es alto y, por ende, no aceptable.

Bajo este contexto, esto es, iniciado el procedimiento de consulta previa, la autoridad de control eventualmente podría considerar que, efectivamente, el tratamiento previsto podría infringir el RGPD, en particular cuando el responsable no haya identificado o mitigado suficientemente el riesgo. En tal caso, dicha autoridad deberá, dentro de un plazo de ocho semanas<sup>502</sup>, asesorar por escrito al responsable (y, en su caso, al encargado), y podrá utilizar cualquier de los poderes referidos en el artículo 58 del RGPD.

La referencia al eventual ejercicio de los poderes establecidos en el artículo 58 no es baladí, ya que incluyen facultades de diversa índole, a saber, de *investigación* (artículo 58.1.), *correctivos* (artículo 58.2.) y, de *autorización y consultivos* (artículo 58.3.).

El ejercicio de dichos poderes por parte de las autoridades de control, en nuestra opinión, podrían facilitar un mejor marco de cumplimiento del marco de *accountability* algorítmico.

Por ejemplo, entre los poderes de investigación el RGPD permite a las autoridades de control a ordenar la entrega de información que podría resultar relevante para analizar la adecuada realización de la EIPD (artículo 39.1.a.). Del mismo modo, el Reglamento autoriza a las autoridades de control a efectuar investigaciones en forma de *auditorías de protección de datos* (artículo 39.1.b.). Esto posibilitaría que tales autoridades creen un marco de auditorías técnicas de los sistemas algorítmicos. También dentro de los poderes de investigación, el RGPD permite revisar posibles certificaciones expedidas en virtud del artículo 42, las cuales podrían haber incluido aspectos de *accountability* algorítmico.

Por otro lado, en ejercicio de los poderes correctivos, las autoridades de control podrían ordenar al responsable (o encargado) a que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del Reglamento (artículo 39.2.d.), retirar certificaciones o incluso sancionarlo con advertencias, apercibimientos, multas o imponer limitaciones temporales o definitivas de las actividades de tratamiento, incluida su prohibición.

Finalmente, atendidos los poderes de autorización y consultivos, las autoridades de control pueden asesorar al responsable en el procedimiento de consulta previa, expedir certificaciones, aprobar códigos de conducta (por ejemplo, relacionados con tratamientos que incluyan decisiones algorítmicas), entre otras cuestiones (artículo 58.3.).

### **6.2.i.b) Auditorías algorítmicas**

Como lo vimos en el apartado anterior, el marco de *accountability* ofrecido por las EIPDs y el procedimiento de consulta previa podrían abrir la puerta al ejercicio de poderes de investigación por parte de las autoridades de control. Entre dichos poderes de investigación, destacamos la facultad de dichas autoridades de realizar investigación en forma de auditorías y, en concreto, de auditorías algorítmicas.

Ya que el RGPD invita a implementar medidas, garantías y mecanismos de cumplimiento tanto en el artículo 22.3., en el considerando N° 71, en los artículos 24, 25 y 35.7.d., creemos que este tipo de auditorías también pueden ser implementadas por los propios responsables del tratamiento como verdaderas soluciones de *accountability* algorítmico.

---

<sup>501</sup> El considerando N° 88 del RGPD hace eco de ello: “el resultado de la evaluación debe tenerse en cuenta cuando se decidan las medidas adecuadas que deban tomarse con el fin de demostrar que el tratamiento de los datos personales es conforme con el presente Reglamento. Si una evaluación de impacto relativa a la protección de datos muestra que las operaciones de tratamiento entrañan un alto riesgo que el responsable no puede mitigar con medidas adecuadas en términos de tecnología disponible y costes de aplicación, debe consultarse a la autoridad de control antes del tratamiento” (el énfasis es nuestro).

<sup>502</sup> Prorrogable, en los términos del artículo 36.2. del RGPD.

Nos referimos a la posibilidad de que el responsable del tratamiento implemente auditorías respecto de sus sistemas de toma de decisiones algorítmicas y, en general, de sus sistemas de tratamientos de datos personales. Estas auditorías podrían ser propias (o internas) o externas (de terceros independientes, donde cabrían aquellas efectuadas por las autoridades de control)<sup>503</sup>.

En general, las auditorías algorítmicas son vistas como un mecanismo idóneo para la detección y lucha contra la discriminación algorítmica en sistemas que, de otro modo, serían opacos<sup>504</sup>. A diferencia del derecho de explicación, las auditorías aportan las evidencias necesarias para informar y examinar el diseño y la implantación de sistemas algorítmicos más justos, responsables y transparentes<sup>505</sup>.

El CEPD ya se ha pronunciado al respecto fomentando algunas recomendaciones de buenas prácticas que contribuirían a que el responsable cumpla con los diversos requisitos del RGPD en la toma de decisiones algorítmicas. Por ejemplo, el CEPD considera como “garantías adecuadas” aplicables en virtud del artículo 22 y considerando N° 71 del Reglamento:<sup>506</sup>

- la implementación de controles periódicos de aseguramiento de la calidad de sus sistemas para garantizar que las personas reciben un trato justo y no discriminatorio, tanto sobre la base de categorías especiales de datos personales como de otra clase;
- auditorías algorítmicas: comprobación de los algoritmos utilizados y desarrollados por los sistemas de aprendizaje automático para demostrar que funcionan según lo previsto, y que no producen resultados discriminatorios, erróneos o injustificados;
- para las auditorías independientes de terceros (realizadas cuando las decisiones basadas en la elaboración de perfiles tienen un elevado impacto sobre las personas), facilitar al auditor toda la información necesaria sobre el funcionamiento del algoritmo o el sistema de aprendizaje automático;
- conseguir garantías contractuales para algoritmos de terceros que garanticen que la auditoría y la comprobación se han llevado a cabo, y que el algoritmo cumple las normas acordadas;
- medidas específicas para la minimización de datos para incorporar claros periodos de conservación para perfiles y datos personales utilizados al crear o aplicar los perfiles;
- utilización de técnicas de anonimización y pseudoanonimización en el contexto de la elaboración de perfiles;
- formas de permitir al interesado expresar su punto de vista e impugnar la decisión; y
- un mecanismo para la intervención humana en determinados casos, por ejemplo, ofrecer un enlace a un procedimiento de recurso en el momento en que se informe al interesado de la decisión automatizada, con plazos acordados para su revisión y un punto de contacto designado para cualquier consulta.

Por otro lado, la AEPD ha elaborado una completa guía sobre “Requisitos para Auditorías de Tratamientos que incluyan IA”, en la que indica que la auditoría de datos personales es una herramienta para la evaluación del cumplimiento normativo. En particular, esta guía se enfoca en ofrecer pautas para los tratamientos que incluyan componentes basados en IA. Al hacerlo, sostiene que este tipo de auditoría “no puede ni debe centrarse exclusivamente en los aspectos técnicos específicos de las tecnologías empleadas, sino que ha de cubrir un alcance mucho más extenso que contemple la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento además de los riesgos para los

---

<sup>503</sup> Véase, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, 2020, p. 45.

<sup>504</sup> CASEY, Bryan *et al.*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>505</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>506</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre la evaluación de impacto...*, *op. cit.*, pp. 36-37.

derechos y libertades que el tratamiento en su conjunto pueda representar<sup>507</sup>. Otro documento que debe tenerse a la vista es la guía “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción” de la AEPD, que también ofrece una aproximación legal y técnica a los tratamientos basados en la IA y que, entre otros temas, incluye referencias a la figura de la EIPD y auditorías.

Este valioso documento, eminentemente práctico, establece una serie de controles y sus respectivos objetivos de cara a las diversas exigencias del RGPD. Esta guía abarca aspectos tales como la identificación y transparencia del componente IA, sus finalidades (propósitos), fundamentos, gestión de datos, y verificación y validación, todo acompañado, como se adelantó, por sus respectivos controles. De acuerdo con la AEPD, esta guía ha de implementarse en el contexto del cumplimiento de diversas disposiciones del RGPD, entre las que destacan los artículos 5, 13.2.f., 22, 24, 25, 32, 35, 39, 40 y 42.

Cabe consignar que las auditorías de protección de datos, en general, y las algorítmicas, en particular, no solo pueden efectuarse respecto de los sistemas del propio responsable del tratamiento. El artículo 28.3.h. del RGPD dispone que el contrato o acto jurídico que regirá el tratamiento por parte de los encargados del tratamiento, debe estipular, entre otras cosas, que el responsable “pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable”.

A mayor abundamiento, y cuando sea exigible la designación de un delegado de protección de datos, este tendrá entre sus funciones la de supervisar las auditorías correspondientes (artículo 39.1.b.). Esto, a nuestro entender, serviría para fortalecer la implementación de las auditorías algorítmicas, más si se considera que dicha persona debe reunir cualidades cruciales, por ejemplo, contar con conocimientos especializados del Derecho y de la práctica de la protección de datos personales (artículo 37.5.), estar dotado de suficiente autonomía e independencia dentro de la respectiva organización (artículo 38.3.) y desempeñar sus funciones prestando la debida atención a los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento, teniendo en cuenta la naturaleza, el alcance, el contexto y fines del tratamiento (artículo 39.2.).

### **6.2.i.c) Códigos de conducta y certificaciones**

Los códigos de conducta, establecidos en el artículo 40 del RGPD, y las certificaciones y sellos, dispuestos en el artículo 42 del Reglamento, son manifestaciones adicionales del principio de responsabilidad proactiva o, dicho de otro modo, forman parte del marco de *accountability* del RGPD.

Los códigos de conducta no se encuentran definidos en el RGPD. Sin embargo, pueden conceptualizarse como “un acuerdo o conjunto, similar a un código deontológico o de buenas prácticas, de normas de buena conducta que son adaptadas por las empresas o sectores para determinar las pautas que se han de tener en cuenta, en cuanto al tratamiento y utilización de datos de carácter personal, en el desarrollo de su actividad<sup>508</sup>. El fundamento de los códigos de conducta es doble. En primer lugar, ayudan a los responsables y encargados del tratamiento en el cumplimiento y demostración de dicho cumplimiento respecto de sus obligaciones legales. En segundo término, permiten que organismos privados independientes asistan a las autoridades de control en la tarea de supervisar la aplicación del RGPD<sup>509</sup>.

---

<sup>507</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Requisitos para Auditorías de Tratamientos que incluyan IA*, 2021, p. 3.

<sup>508</sup> ÁLVAREZ HERNANDO, Javier; THOMSON REUTERS (LEGAL) LIMITED. *Practicum Protección de Datos 2021*, 2020, Editorial Aranzadi, S.A.U., p. 873.

<sup>509</sup> KAMARA, Irene. Section 5 Codes of conduct and certification. Article 40. Codes of Conduct, en Christopher Kuner et al. (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (1ra edición, Oxford University Press 2020), 718.

Por otro lado, y al igual que los códigos de conducta, los mecanismos de certificación en materias de protección de datos y de sellos y marcas de protección de datos no se encuentran definidos por el RGPD. Sin embargo, el CEPD conceptualiza a un certificado como una “declaración de conformidad” y a una certificación como “un procedimiento mediante el cual un organismo da garantía por escrito (certificado) de que el producto, servicio o sistema en cuestión cumple unos requisitos específicos”<sup>510</sup>. Además, sostiene el CEPD, un sello o marca “se refiere habitualmente a un logotipo o símbolo cuya presencia (junto con un certificado) indica que el objeto de certificación ha sido valorado de forma independiente en un procedimiento de certificación y es conforme a los requisitos especificados, enunciados en documentos normativos como reglamentos, normas o especificaciones técnicas”<sup>511</sup>. Estas figuras se fundamentan en dos pilares. En primer lugar, permiten a los responsables lograr y demostrar el cumplimiento de la normativa a las autoridades de control. En segundo lugar, son mecanismos que facilitan transparencia al mercado, al permitir a los interesados evaluar rápidamente el nivel de protección de datos de los productos y servicios pertinentes<sup>512</sup>.

Para la AEPD y el CEPD, los mecanismos de certificación (y los sellos y marcas) pueden aplicarse a los sistemas de tratamientos algorítmicos<sup>513</sup>. Según la AEPD, tales mecanismos servirían como herramientas de transparencia y de demostración de cumplimiento normativo<sup>514</sup>. Así, las certificaciones, los sellos y las marcas podrían aplicarse a ciertos aspectos de los sistemas algorítmicos mediante (i) la certificación del algoritmo como objeto de un *software* y (ii) la certificación de la persona o proceso que utiliza el sistema de toma de decisiones<sup>515</sup>.

En cuanto a los códigos de conducta, el CEPD fomenta la elaboración de códigos de conducta relativos a los procesos de auditoría que impliquen aprendizaje automático<sup>516</sup>. Asimismo, sugiere la creación de códigos de conducta que aborden la incorporación de garantías para niños y sujetos vulnerables en el ámbito de la toma de decisiones individuales automatizadas, recordando el ejemplo del código de conducta que trata la mercadotecnia dirigida a niños, elaborado por FEDMA<sup>517</sup>.

## 6.2.ii. Explicaciones contrafácticas

El principio de responsabilidad proactiva y las obligaciones de privacidad desde el diseño y por defecto sirven como elementos normativos que habilitan a los responsables del tratamiento a establecer medidas técnicas y organizativas de diversa variedad. El RGPD, en muchos casos deja en mano de los regulados la posibilidad de elegir dichas medidas en atención a diversos criterios (i.e. la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas). Así, el Reglamento entrega cierto grado de flexibilidad para que se apliquen medidas que quizá podríamos llamar “innominadas”, caracterizadas por ser garantías que no se encuentran explícitamente positivizadas en el texto de la ley.

---

<sup>510</sup> COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (CEPD). *Directrices 1/2018 sobre la certificación y la determinación de los criterios de certificación de conformidad con los artículos 42 y 43 del Reglamento*, Versión 3.0 4 de junio de 2019, pp. 8-9.

<sup>511</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>512</sup> LEENES, Ronald. Section 5 Codes of conduct and certification. Article 40. Codes of Conduct, en Christopher Kuner et al. (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (1ra edición, Oxford University Press 2020), 733.

<sup>513</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 37. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>514</sup> AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Ibidem*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>515</sup> EDWARDS, Lilian *et al.*, *Enslaving the Algorithm...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>516</sup> GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>517</sup> *Ibidem*, p. 32 y nota al pie N° 47.

Bien sabemos que el artículo 22.3. del RGPD requiere que, en los casos en que no opere la prohibición absoluta para la toma de decisiones individuales automatizadas, el responsable deberá adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado y, “como mínimo” el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. Por su parte, el considerando N° 71 desarrolla dichas prescripciones, indicando que “en cualquier caso, 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” (el énfasis es nuestro).

Esto reabre la discusión sobre el derecho de explicación, ya no en lo referente a su existencia (lo cual fue discutido en el capítulo 5 de este trabajo), sino que en lo relativo a su factibilidad o efectividad. Así, surge la pregunta sobre qué tipo de explicaciones pueden entregarse para que estas sean realmente útiles para el interesado.

Wachter *et. al.* sugieren que las finalidades de las explicaciones de los sistemas de decisiones automatizados son, entre otras, las de (i) mejorar la comprensión del alcance de la toma de decisiones automatizada y las razones de una decisión concreta, (ii) ayudar a impugnar una decisión y (iii) permitir modificar el comportamiento futuro para obtener potencialmente un resultado preferido.

Según los autores, el uso de *explicaciones contrafácticas* (o *contrafactuales*) incondicionadas permitiría, en mayor o menor medida (y dependiendo de ciertos factores) lograr dichas finalidades sin la necesidad de “abrir la caja negra”, esto es, sin la necesidad de revelar los detalles de los modelos algoritmos<sup>518</sup>, los que generalmente son protegidos por derechos de propiedad industrial y cuya revelación no es exigida por el RGPD, al menos en el contexto del derecho de acceso<sup>519</sup> que, como vimos, se ha tenido como un medio para entregar explicaciones *ex ante* y *ex post* a una decisión.

Las explicaciones contrafactuales se sitúan dentro de las explicaciones centradas en los sujetos o interesados (SCEs)<sup>520</sup> y, en concreto, dentro de las explicaciones basadas en la sensibilidad<sup>521</sup>. Corresponden a explicaciones que tienen por finalidad aclarar, a las personas a las que se dirigen las decisiones automatizadas, entre otras cosas, “qué tendría que cambiar para obtener un resultado deseado en el futuro, basándose en el modelo actual de toma de decisiones”. Dicho en pocas palabras, las explicaciones contrafactuales ofrecen información sobre qué cosas deberían ser diferentes en los datos de entrada (input data) para cambiar el resultado (output) producido por un modelo automatizado<sup>522</sup>. Graficada en un ejemplo, una explicación contrafáctica toma la siguiente forma: “Te denegaron un préstamo porque tus ingresos anuales eran de 30.000 libras. Si tus ingresos hubieran sido de 45.000 libras, te habrían ofrecido el préstamo”<sup>523</sup>.

En la literatura especializada, las explicaciones contrafácticas han tenido una relativa buena acogida<sup>524</sup>. Se ha sostenido que permiten hacer más transparentes los modelos de ML y que son

---

<sup>518</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, Counterfactual explanations..., *op. cit.*, pp. 843, 863-879.

<sup>519</sup> Véase, artículo 15.4. y Considerando N° 61 del RGPD.

<sup>520</sup> Véase, Capítulo 6.1. de este trabajo.

<sup>521</sup> Véase, JANSSEN, JANNEKE H.N. *The right to explanation: means for 'white-boxing' the black-box? Research into the ability of the 'right to explanation' about decisions based solely on automated decision-making of Articles 13(2)(f), 14(2)(g), 15(1)(h) and 22(3) of the General Data Protection Regulation, as well as of current explanation methods, to solve the legal problems arising from algorithmic decision-making*, 2019, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Tilburg University, p. 32.

<sup>522</sup> GUIDOTTI, Ricardo. Counterfactual explanations and how to find them: literature review and benchmarking. En *Data Min Knowl Disc* 38, 2770–2824 (2024), p. 2771.

<sup>523</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, Counterfactual explanations..., *op. cit.*, p. 844.

<sup>524</sup> Véase, MALGIERI, Gianclaudio, *op. cit.*, pp. 4, 25; HILDEBRANDT, Mireille. Privacy As Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning (December 3, 2017). Forthcoming. En *Theoretical Inquiries of Law* 2019, 19(1), p. 31.

fáciles de entender<sup>525</sup>. Las explicaciones contrafactuales permiten evitar la problemática de explicar el funcionamiento interno de los sistemas complejos de ML, proporcionando al interesado (que en muchos casos es una persona no experta) información fácilmente digerible y útil para comprender los motivos de una decisión<sup>526</sup>.

Sin perjuicio de las bondades de las explicaciones contrafactuales, lo cierto es que no están exentas de problemáticas. Por ejemplo, este tipo de explicaciones generalmente se basan en suposiciones de que el modelo subyacente es estable en el tiempo, monótono y limitado a resultados binarios, lo cual no es siempre el caso, lo que podría comprometer la efectividad y fiabilidad de las explicaciones<sup>527</sup>. Además, las explicaciones contrafactuales no aportan las evidencias estadísticas necesarias para evaluar si los algoritmos son justos y libres de sesgos<sup>528</sup>.

Por lo anterior, las explicaciones contrafactuales pueden resultar insuficientes, lo que debe tomarse como un llamado para buscar otras formas más generales de explicación e interpretabilidad para fortalecer el marco de *accountability* algorítmico y para validar de mejor manera la lealtad y funcionalidad de los sistemas automatizados<sup>529</sup>. Bajo este complejo escenario, podemos apuntar nuevamente a las figuras de las EIPDs y las auditorías algorítmicas, que se manifiestan como posibles soluciones o complementos *ex ante* a las explicaciones contrafactuales *ex post*.

## 7. CONCLUSIONES

La investigación realizada conduce a la formulación de las siguientes conclusiones y reflexiones:

### ***Primera. El derecho de explicación ex post a una decisión automatizada existe.***

El Derecho de la Unión corresponde a un sistema jurídico, un entramado de normas jurídicas dotado de dinamismo y vida propia, donde las disposiciones de derecho derivado “se deben” a las del derecho originario y, en particular, a sus objetivos, valores, principios y derechos fundamentales básicos.

El derecho de explicación *ex post* a una decisión automatizada *existe*, no porque sea un fin en sí mismo, sino porque representa uno más de los cientos de *eslabones normativos* del Derecho europeo encaminados a lograr una sociedad digna. A través de él, se asegura el debido proceso, la tutela judicial efectiva, la igualdad de armas, el principio de contradicción, la protección de los datos personales y el respeto de los derechos fundamentales y principios generales del derecho.

Una interpretación que considere tanto a los criterios sistemáticos como teleológicos — piezas faltantes en la argumentación de Wachter *et al.* — lleva a la razonable respuesta de que un derecho de explicación *ex post* derivaría (i) implícitamente de los derechos de impugnación y/o a expresar un punto de vista del artículo 22.3., (iii) del derecho de acceso del artículo 15.1.h., y (iii) del derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros derechos fundamentales y principios generales de la Unión.

---

<sup>525</sup> SPREITZER, Nina; HANED, Hinda; VAN DER LINDEN, Ilse. Evaluating the Practicality of Counterfactual Explanations, 2022. En *Trustworthy and Socially Responsible Machine Learning (TSRML 2022)* co-located with NeurIPS 2022, p. 1.

<sup>526</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, Counterfactual explanations..., *op. cit.*, p. 860, 872.

<sup>527</sup> BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D.; RAGHAVAN, Manish. The hidden assumptions behind counterfactual explanations and principal reasons, 2020. En *Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT\* '20)*. Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 80–89, pp. 80, 85.

<sup>528</sup> WACHTER, Sandra *et al.*, Counterfactual explanations..., *op. cit.*, p. 883.

<sup>529</sup> *Ídem.*

***Segunda. La interpretación de las normas ambiguas o problemáticas debe efectuarse a la luz de un método interpretativo basado en un enfoque cumulativo.***

Como resultado de la presente investigación, podemos afirmar que el mejor método de interpretación normativo es aquel que considera a todos los criterios hermenéuticos (gramatical, histórico, sistemático y teleológico). Ese método es el *cumulativo*, que se contrapone a todo tipo de ejercicio interpretativo selectivo.

La tesis de Wachter *et al.* se sustenta en una suerte de *cherry picking* hermenéutico, escogiendo determinados métodos de interpretación, a saber, el gramatical y el histórico, pero obviando los criterios sistemáticos y teleológicos. Esto no es baladí, ya que la legislación de la Unión Europea se caracteriza por ser basada en objetivos y finalidades. El criterio sistemático, pero sobre todo el teleológico, son una pieza fundamental cuando de la interpretación del derecho europeo se trata.

***Tercera. Las herramientas de toma de decisiones automatizadas deben orientarse a servir a la humanidad, y no a deshumanizar los procesos sociales.***

Los recientes avances en materias de toma de decisiones algorítmicas han constituido un paso importante y necesario para el desarrollo de nuestra sociedad. Con todo, estos mecanismos pueden aparejar múltiples riesgos para los derechos y libertades de las personas. La existencia de sesgos humanos subyacentes en los códigos de programación, la opacidad algorítmica y la tendencia a la segmentación o categorización de personas, pueden conducir a la discriminación, exclusión social o a la toma de decisiones que modelen nuestras vidas a tal punto que se deshumanice la forma en que nos relacionamos. La tecnología debiese concebirse como una herramienta que sirva a la humanidad, y no como un fin en sí mismo que se justifique únicamente en consideraciones de eficacia y productividad. Los valores humanos básicos deben primar sobre los parámetros de la máquina.

***Cuarta. El derecho fundamental a la protección de los datos personales tiene su norte puesto en la protección de los derechos y libertades fundamentales de la UE.***

El derecho a la protección de datos personales no encuentra su *raison d'être* en la mera protección de dichos datos. Por el contrario, dicha protección se defiende debido a un fin superior, a saber, del respeto de los derechos y libertades fundamentales y, últimamente, de la dignidad humana. En consecuencia, este derecho —y todos los principios, obligaciones y derechos substantivos que en él subyacen— debe interpretarse a la luz del Derecho de la Unión, cuyos valores, principios y derechos fundamentales constituyen su andamiaje jurídico y fundamento último.

***Quinta. Los diversos preceptos del RGPD, incluyendo las reglas del artículo 22, deben interpretarse funcionalmente y en razón de los objetivos del Derecho de la Unión.***

El artículo 22 ha sido calificado como una disposición enigmática e intrigante. Muchas de sus reglas han resultado difíciles de interpretar, principalmente por adolecer de ambigüedad terminológica. La tarea interpretativa no debe perder el norte al que nos referimos en la conclusión cuarta anterior: cualquier análisis sobre el sentido y alcance de este artículo debe considerar el fin último del propio artículo 22, pero también los objetivos tanto del derecho a la protección de datos personales como del derecho originario.

En tal sentido, la investigación doctrinal es esencial. Sin embargo, la palabra final la tienen las distintas autoridades de protección de datos personales de la UE y, especialmente, el “supremo intérprete” del Derecho de la Unión, el TJUE. Por otro lado, no debemos perder de vista a la figura del CEPD, organismo compuesto por representantes de todas las autoridades de protección de datos personales de la UE y que entre sus atribuciones destaca la elaboración de directrices interpretativas que han contribuido a la aclaración de los aspectos oscuros de la ley. Estas directrices son

perfectibles en el tiempo, ya que van modificándose y adecuándose en atención a la jurisprudencia del TJUE.

***Sexta. El derecho como respuesta: Deus (L)ex Machina.***

La interpretación del derecho no puede efectuarse abstrayéndose del mismo, obviando sus objetivos. El derecho es un cuerpo con vida propia y susceptible de transformación, movilidad y flexibilidad. La labor hermenéutica debe ser respetuosa del Estado de Derecho, pero también de la necesidad de certeza jurídica y de las relaciones de subordinación y coordinación existentes en el Derecho de la Unión.

***Séptima. El derecho de explicación: una herramienta útil, pero no una panacea.***

El derecho de explicación es una de las tantas prerrogativas (o “medidas adecuadas”) ofrecidas por el RGPD. Con todo, no es la panacea. La entrega de explicaciones sobre la funcionalidad y la lógica de los sistemas algorítmicos de toma de decisiones es algo técnicamente desafiante. Además, desde un punto de vista de acceso a la justicia, el ejercicio de esta prerrogativa es demandante en términos de tiempo, recursos y conocimientos. Finalmente, la eventual revelación de los modelos, sus entradas y ponderaciones no garantiza transparencia en cuanto a posibles sesgos de los sistemas.

***Octava. El principio de responsabilidad proactiva como medio para contribuir a la creación de un marco legal para las decisiones algorítmicas.***

Dadas las desventajas del derecho de explicación, se hace necesario robustecer un marco de *accountability* algorítmico. El RGPD ofrece una amplia variedad de elementos de responsabilidad proactiva, tales como las EIPDs, la consulta previa, las auditorías (propias o de terceros independientes), códigos de conducta y mecanismos de certificación, sellos y marcas, todos los cuales propenderían a la transparencia y lealtad de los sistemas de toma de decisiones individuales automatizadas. Además, el empleo de soluciones técnicas no explícitamente consagradas en el RGPD, como lo son las explicaciones contrafácticas, puede contribuir en el desarrollo del marco de *accountability* algorítmico. Con todo, este tipo de explicaciones distan, al menos hoy en día, de erigirse como una solución definitiva. Por ello, se recomienda seguir explorando nuevos caminos.

## REFERENCIAS

### NORMATIVAS

#### a. Internacional

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, de la Organización de las Naciones Unidas, 1948. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.). BOE-A-1979-24010. [[https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/(1))].

#### b. Unión Europea

CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, del Consejo de Europa, 1950. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.). BOE-A-1979-24010. [[https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/(1))].

CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON RESPECTO AL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985, páginas 36000 a 36004 (5 págs.). BOE-A-1985-23447. [[https://www.boe.es/eli/es/ai/1981/01/28/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1981/01/28/(1))].

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. DOCE núm. 281, de 23 de noviembre de 1995, páginas 31 a 50 (20 págs.). DOUE-L-1995-81678. [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1995-81678>].

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA y TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 1 a 388 (388 págs.). [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70002>].

PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 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 (Reglamento general de protección de datos) /\* COM/2012/011 final - 2012/0011 (COD). [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012PC0011>].

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). DO L 119 de 4.5.2016. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>].

#### c. Nacionales (Estados miembros de la Unión Europea)

HESSISCHES DATENSCHUTZGESETZ [HE 1970]. [<https://starweb.hessen.de/cache/GVBL/1970/00041.pdf>].

BUNDESDATENSCHUTZGESETZ [BDSG 1977]. [[https://www.datenschutz-wiki.de/BDSG\\_1977](https://www.datenschutz-wiki.de/BDSG_1977)].

## BIBLIOGRÁFICAS

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Listas de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4)*. [https://www.aepd.es/documento/listas-dpia-es-35-4.pdf].
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, 2020. [https://www.aepd.es/guias/adequacion-rgpd-ia.pdf].
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD). *Requisitos para Auditorías de Tratamientos que incluyan IA*, 2021. [https://www.aepd.es/guias/requisitos-auditorias-tratamientos-incluyan-ia.pdf].
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Por una actuación policial más eficaz. Guía para entender y evitar la elaboración de perfiles étnicos discriminatorios*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010. [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\_uploads/1133-Guide-ethnic-profiling\_ES.pdf].
- ANCHONDO PAREDES, Víctor Emilio. *Métodos de interpretación jurídica*. En *Quid iuris*, 2012, vol. 16. [https://biblat.unam.mx/es/revista/quid-iuris-chihuahua/articulo/metodos-de-interpretacion-juridica].
- ALER TUBELLA, Andrea; THEODOROU, Andreas; DIGNUM, Virginia; MICHAEL, Loizos. *Contestable black boxes*. Rules and Reasoning: 4th International Joint Conference, RuleML+RR, 2020, Oslo, Noruega, June 29–July 1, 2020, Proceedings 4. Springer International Publishing, 2020. [https://arxiv.org/abs/2006.05133].
- ALMADA, Marco. *Human intervention in automated decision-making: Toward the construction of contestable systems*. Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law, 2019. [https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264189].
- ARNULL, Anthony. The European Union and Its Court of Justice. En *British Yearbook of International Law*. Segunda edición. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press Volume 78, Issue 1, 2007, Pages 511–514. [https://doi.org/10.1093/bybil/78.1.511].
- BALDUS, Christian. *Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado europeo: sobre la concretización de la “falta de conformidad de escasa entidad”*. Anuario de derecho civil, 2006, 0210-301X, Vol. 59, N° 4, 1611-1640. [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2327955].
- BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact (2016). 104 *California Law Review* 671, 2016. [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2477899].
- BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D.; RAGHAVAN, Manish. The hidden assumptions behind counterfactual explanations and principal reasons, 2020. En *Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT\* '20)*. Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 80–89. [https://doi.org/10.1145/3351095.3372830].
- BARROS VALE, Sebastião; ZANFIR-FORTUNA, Gabriela. *Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities*. Future of Privacy Forum, 2022. [https://fpf.org/wp-content/uploads/2022/05/FPF-ADM-Report-R2-singles.pdf].
- BAYAMLIOĞLU, Emre. *Transparency of automated decisions in the GDPR: an attempt for systemization*, 2018. [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3097653].
- BAYAMLIOĞLU, Emre. The right to contest automated decisions under the General Data Protection Regulation: Beyond the so-called “right to explanation”. En *Regulation &*

*Governance*, 2022, vol. 16, no 4.  
[<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/rego.12391>].

- BECK, Gunnar. *The Macro Level: The Structural Impact of General International Law on EU Law: The Court of Justice of the EU and the Vienna Convention on the Law of Treaties*. Yearbook of European Law, 2016, Volume 35, Issue 1, pp. 484–512. [<https://doi.org/10.1093/yel/yew018>].
- BENGOETXEA, Joxerramon. *The legal reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence*. Oxford, Clarendon, 1993.
- BLECKMANN, Albert. *Europarecht: das Recht der Europäischen Gemeinschaft*. Köln, Berlin, Bonn, München, Alemania: Heymann, 1990.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011. [<http://hdl.handle.net/10234/27567>].
- BRKAN, Maja. AI-supported decision-making under the general data protection regulation. En: *Proceedings of the 16th edition of the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2017. [<https://dl.acm.org/doi/10.1145/3086512.3086513>].
- BRKAN, Maja. Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond. *International journal of law and information technology*, 2019, vol. 27, no 2. [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3124901>].
- BYGRAVE, Lee A. Automated profiling: Minding the machine: Article 15 of the EC data protection directive and automated profiling, en *Computer Law & Security Review*, 2001, vol. 17, no 1. [[https://doi.org/10.1016/S0267-3649\(01\)00104-2](https://doi.org/10.1016/S0267-3649(01)00104-2)].
- BYGRAVE, Lee Andrew. *Data Privacy Law: An International Perspective* [en línea]. Oxford, Reino Unido: Oxford Scholarship Online, 2014. [último acceso: 7 julio 2023]. [<https://academic.oup.com/book/27114>].
- BYGRAVE, Lee A. Article 22. Automated Individual Decision-Making, Including Profiling, en Christopher KUNER et al. (eds), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Primera edición. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2020.
- CERVELL HORTAL, María José; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *Introducción doctrinal pero sobre todo documental al Derecho de la Unión Curso OCW*, Universidad de Murcia.
- CITRON, Danielle. *Fairness of risk scores in criminal sentencing*. Forbes. 2016. [<https://www.forbes.com/sites/daniellecitron/2016/07/13/unfairness-of-risk-scores-in-criminal-sentencing/>].
- COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea*, COM(2010) 609 final. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52010DC0609>].
- CONSEJO DE EUROPA; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*, 2014. [[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_SPA](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_6_criminal_SPA)].
- CUSTERS, Bart; HEIJNE, Anne-Sophie. The right of access in automated decision-making: The scope of article 15(1)(h) GDPR in theory and practice. *Computer Law & Security Review*, 46, 2022. [<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105727>].
- DAVIS, Peter; SCHWEMER, Sebastian Felix. Rethinking Decisions Under Article 22 of the GDPR: Implications for Semi-Automated Legal Decision-Making, 2023, en *Proceedings of*

*the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace* (LegalAIIA 2023), held in conjunction with ICAIL 2023, June 19, 2023, Braga, Portugal. [<https://ssrn.com/abstract=4478107>].

- DE GREGORIO, Giovanni; DUNN, Pietro. *Profiling under Risk-based Regulation: Bringing together the GDPR and the DSA*. [[https://assets.ctfassets.net/iapmw8ie3ije/5EuxLPaUIsgGt7R6PgeuFK/c9269e55e10bb2a7a0b392624c08f4d0/De\\_Gregorio\\_Dunn\\_My\\_Data\\_is\\_Mine\\_\\_1\\_.pdf](https://assets.ctfassets.net/iapmw8ie3ije/5EuxLPaUIsgGt7R6PgeuFK/c9269e55e10bb2a7a0b392624c08f4d0/De_Gregorio_Dunn_My_Data_is_Mine__1_.pdf)].
- DEMETZOU, Katerina; ZANFIR-FORTUNA, Gabriela; VALE, Sebastião Barros. The thin red line: refocusing data protection law on ADM, a global perspective with lessons from case-law. *Computer Law & Security Review*, 2023, vol. 49. [<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105806>].
- DEN HEIJER, Maarten; ABEELLEN, Teun van Os van den; MASLYKA, Antanina. On the use and misuse of recitals in European union law. *Amsterdam Law School Research Paper*, 2019, no 2019-31. [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3445372>].
- DREYER, Stephan; SCHULZ, Wolfgang. *The general data protection regulation and automated decision-making: Will it deliver*. Bertelsmann Stiftung (eds.), 2019. [<https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/publications/publication/did/the-general-data-protection-regulation-and-automated-decision-making-will-it-deliver>].
- EDWARDS, Lilian; VEALE, Michael. Slave to the algorithm? Why a ‘right to an explanation’ is probably not the remedy you are looking for. *Duke L. & Tech. Rev.*, 2017, vol. 16. [<https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol16/iss1/2>].
- EDWARDS, Lilian; VEALE, Michael. Enslaving the Algorithm: From a ‘Right to an Explanation’ to a ‘Right to Better Decisions’? (2018). En *IEEE Security & Privacy* (2018) 16(3), pp. 46-54, DOI: 10.1109/MSP.2018.27011521 [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3052831>].
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS; COUNCIL OF EUROPE. *Handbook on European law relating to access to justice*. Publications Office of the European Union, 2016. [<https://fra.europa.eu/en/publication/2016/handbook-european-law-relating-access-justice>].
- FENNELLY, Nial. Legal interpretation at the European Court of Justice. *Fordham International Law Journal*, Volume 20, Issue 3, 1996. [<https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol20/iss3/4>].
- FILIPPIDIS, Mariel. Data Processing Principles. En Eduardo Ustarán *et al.* (ed.). *European Data Protection: Law and Practice*. Portsmouth: International Association of Privacy Professionals, 2018.
- FINCK, Michèle. Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR. *International Data Privacy Law*, 2019. [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3311370>].
- FITSILIS, Fotios. *Imposing Regulation on Advanced Algorithms*. Primera edición. Springer Cham, 2019. [<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-27979-0>].
- GALLÉ, Matthias. *What Can I Do Now? Guiding Users in a World of Automated Decisions*. Xerox Research Centre Europe, 2018. [<https://doi.org/10.48550/arXiv.1701.03755>].
- GILLIS, Talia B.; SIMONS, Josh. Explanation < Justification: GDPR and the Perils of Privacy (April 19, 2019). En *Pennsylvania Journal of Law and Innovation*, 2019. [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3374668>].
- GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. *AI Magazine*, 2017, vol. 38, no 3. [<https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>].

- GREENLEAF, Graham. It's nearly 2020, so what fate awaits the 1980 OECD Privacy Guidelines? En (2019) *159 Privacy Laws & Business International Report* 18 [2019] UNSWLRS 42. [https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3405156].
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Dictamen 3/2010 sobre el principio de responsabilidad, Adoptado el 13 de julio de 2010*, 00062/10/ES, GT 173. [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp173\_es.pdf].
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679. Adoptadas el 4 de abril de 2017 Revisadas por última vez y adoptadas el 4 de octubre de 2017. 17/ES WP 248 rev.01.* [https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp248rev01-es\_0.pdf].
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, adoptadas el 28 de noviembre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018, 17/ES WP259 y rev.01. [https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf].
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679*, Adoptadas el 29 de noviembre de 2017, Revisadas por última vez y adoptadas el 11 de abril de 2018, 17/ES WP260 rev.01. [https://apdc.cat/gencat.cat/web/.content/03-documentacio/Reglament\_general\_de\_proteccio\_de\_dades/documents/wp260rev01\_es-transparencia.pdf].
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, 2018, 17/ES, WP251 rev.01. [https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp251rev01-es.pdf].
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29. *Directrices 2/2019 sobre el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD en el contexto de la prestación de servicios en línea a los interesados. Versión 2.0 8 de octubre de 2019.* [https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\_guidelines-art\_6-1-b-adopted\_after\_public\_consultation\_es.pdf].
- GUINCHARD, Audrey. Contextual Integrity and EU Data Protection Law: Towards a More Informed and Transparent Analysis (March 6, 2017) now published at 2018 *European Law Journal* 1-24. [https://ssrn.com/abstract=2946772].
- HARRIS, David John; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention of Human Rights*. Segunda Edición. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica: Oxford University Press, 2009.
- HAUER, Marc P.; KEVEKORDES, Johannes; HAERI, Maryam Amir. Legal perspective on possible fairness measures – A legal discussion using the example of hiring decisions. *Computer Law & Security Review*, 2021, vol. 42. [https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105583].
- HÄUSELMANN, Andreas Nicolas. Profiling and the GDPR: Harmonised Confusion. Jusletter 12, 2018. [https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2018/924/profiling-in-the-gdp\_3b8e8a124f.html].
- HAWATH, Mariam. Regulating Automated Decision-Making: An Analysis of Control over Processing and Additional Safeguards in Article 22 of the GDPR. *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 2021, vol. 7. [https://doi.org/10.21552/edpl/2021/2/6].

- HIJMANS, Hielke; RAAB, Charles D. Ethical Dimensions of the GDPR. En Mark COLE y Franziska BOEHM (eds.). *Commentary on the General Data Protection Regulation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, Forthcoming. [<https://ssrn.com/abstract=3222677>].
- HILDEBRANDT, Mireille. Defining Profiling: A New Type of Knowledge? En Mireille HILDEBRANDT y Serge GUTWIRTH (eds), *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*. Springer, 2008. [[https://doi.org/10.1007/978-1-4020-6914-7\\_2](https://doi.org/10.1007/978-1-4020-6914-7_2)].
- HILDEBRANDT, Mireille. Privacy As Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning (December 3, 2017). Forthcoming. En *Theoretical Inquiries of Law* 2019, 19(1). [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3081776>].
- HOBBS, Thomas. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Versión electrónica, 2017, traducción Manuel SÁNCHEZ SARTO, Fondo de Cultura Económica.
- INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *Right not to be subject to automated decision-making*. [en línea] [fecha de consulta: 6 mayo 2023] [<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-le-processing/individual-rights/right-not-to-be-subject-to-automated-decision-making/>]
- INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *What is automated individual decision-making and profiling?* [en línea] [fecha de consulta: 27 mayo 2023] [<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/individual-rights/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>]
- JANSSEN, JANNEKE H.N. *The right to explanation: means for 'white-boxing' the black-box? Research into the ability of the 'right to explanation' about decisions based solely on automated decision-making of Articles 13(2)(f), 14(2)(g), 15(1)(h) and 22(3) of the General Data Protection Regulation, as well as of current explanation methods, to solve the legal problems arising from algorithmic decision-making*, 2019, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Tilburg University. [<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=147348>].
- KALTHEUNER, Frederike; BIETTI, Elettra. Data is power: Towards additional guidance on profiling and automated decision-making in the GDPR. *Journal of Information Rights, Policy and Practice*, 2018, vol. 2, no 2. [DOI: 10.21039/irpandp.v2i2.45].
- KAMARINOU, Dimitra; MILLARD, Christopher; SINGH, Jatinder. Machine learning with personal data. En *Data protection and privacy: the age of intelligent machines*. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper, 2016, No. 247/2016. [<https://ssrn.com/abstract=2865811>].
- KOOPS, Bert-Jaap. The Trouble with European Data Protection Law, 2014. *International Data Privacy Law*, doi: 10.1093/idpl/ipu023, Forthcoming, Tilburg Law School Research Paper No. 04/2015. [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2505692](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2505692)].
- KAMINSKI, Margot E. The right to explanation, explained. *Berkeley Technology Law Journal*, 2019, vol. 34, no 1. [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3196985>].
- KAMINSKI, Margot E.; URBAN, Jennifer M. The right to contest AI. *Columbia Law Review*, 2021, vol. 121, no 7. [<https://ssrn.com/abstract=3965041>].
- KLIMAS, Tadas; VAICIUKAITE, Jurate. The Law of Recitals in European Community Legislation (July 14, 2008). *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2008, Vol. 15. [<https://ssrn.com/abstract=1159604>].
- KUCH, Paweł. Taming the algorithm: *The right not to be subject to an automated decision in the General Data Protection Regulation*. buch & netz, 2022. [<https://doi.org/10.36862/eiz-509>].

- KUMKAR, Lea Katharina; ROTH-ISIGKEIT, David. A criterion-based approach to GDPR's explanation requirements for automated individual decision-making, 12 *JIPITEC*, 2021, 289. [<https://www.jpitec.eu/issues/jipitec-12-4-2021/5403>].
- LAGIOIA, Francesca; SARTOR, Giovanni. *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, 2020. Brussels: European Parliament [10.2861/293]. [<https://dx.doi.org/10.2861/293>].
- LARION, Iuliana-Madalina. The effects of preliminary rulings. *Challenges of the Knowledge Society*, 2015, 447-454. [<https://www.proquest.com/docview/1698605164>].
- LAZCOZ, Guillermo; DE HERT, Paul. *Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essential pre-requisites against abdicating responsibilities*, 2022. [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4016502>].
- LENAERTS, Koen; GUTIÉRREZ-FONS, José A. The constitutional allocation of powers and general principles of EU law. En *Common Market Law Review*, 2010, vol. 47, no 6, 1649. [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3395157>].
- LENAERTS, Koen; GUTIÉRREZ-FONS, José A. To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice. En *EUI AEL*, 2013/09. [<https://hdl.handle.net/1814/28339>].
- LESLIE, David; BURR, Christopher; AITKEN, Mhairi; COWLS, Josh; KATELL, Mike; BRIGGS, Morgan. *Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law a Primer*. Primera edición. Council of Europe, The Alan Turing Institute, 2021. [<https://edoc.coe.int/en/artificial-intelligence/10206-artificial-intelligence-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law-a-primer.html>].
- LIAKOPOULOS, Dimitris. The “Effet Utile” in CJEU Jurisprudence. En *Revista Vertentes do Direito*, 2020, vol. 7, no 1, p. 98-132.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel. Comentario. Artículo 47. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a un Juez Imparcial. En: Araceli MANGAS MARTÍN (ed.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, 2008. [<https://www.fbbva.es/publicaciones/carta-de-los-derechos-fundamentales-de-la-union-europea-comentario-articulo-por-articulo/>].
- MALGIERI, Gianclaudio; COMANDÉ, Giovanni. Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation, 2017. *International Data Privacy Law*, Volume 7, Issue 4, November 2017, pp. 243–265. [<https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/7/4/243/4626991>].
- MALGIERI, Gianclaudio. Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations. *Computer Law & Security Review*, 2019, vol. 35, no 5. [<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.05.002>].
- MANGAS MARTÍN, Araceli. Comentario. Artículo 20. Igualdad ante la Ley. En: Araceli Mangas Martín (ed.). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, 2008. [<https://www.fbbva.es/publicaciones/carta-de-los-derechos-fundamentales-de-la-union-europea-comentario-articulo-por-articulo/>].
- MANN, Monique; MATZNER, Tobias. Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination. *Big Data & Society*. 6(2). [<https://doi.org/10.1177/2053951719895805>].
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. *Curso de teoría del derecho*. Universidad de La Rioja, 2013. [<https://publicaciones.unirioja.es/catalogo/monografias/mdd01.shtml>].

- MENDOZA, Isak; BYGRAVE, Lee A. The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling (May 8, 2017). En: Tatiani SYNODINOU, Philippe JOUGLEUX, Christiana MARKOU, Thalia Prastitou (eds.), *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*. Primera edición. Springer, 2017, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-20. [https://ssrn.com/abstract=2964855].
- MIAO, Michelle. Debating the Right to Explanation: An Autonomy-Based Analytical Framework. *34 SAcLJ*, 2022, 736-762. [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4225103].
- MITTELSTADT, Brent Daniel; ALLO, Patrick; TADDEO, Mariarosaria; WACHTER, Sandra; FLORIDI, Luciano. The ethics of algorithms: Mapping the debate (2016). En *Big Data & Society*, 2019, 3(2). [https://doi.org/10.1177/205395171667967].
- MOLE, Nuala; HARBY, Catharina; COUNCIL OF EUROPE. The right to a fair trial: A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights. En *Human rights handbooks*, 2006, No. 3, vol. 6. [https://www.refworld.org/docid/49f180362.html].
- MOSTOWY, Walter A. Explaining Opaque AI Decisions, Legally. *Berkeley Technology Law Journal*, 2020. [https://btlj.org/2022/01/volume-35-issue-4/].
- MUÑOZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. El criterio histórico en la interpretación jurídica. *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2013, vol. 22, no Ext. 599-632. [https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/1184].
- NAVARRO, Román. Los principios jurídicos. Estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense. *Revista Jurídica Ivsttitia*, 1998, vol. 138. [https://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-03/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-2/lecturas/2.pdf].
- NIŠEVIĆ, Maja; SEARS, Alan M.; FOSCH-VILLARONGA, Eduard; CUSTERS, Bart. *Understanding the legal bases for automated decision-making under the GDPR*. En *Research Handbook on EU Data Protection Law*, Edward Elgar Publishing, 2022. pp. 436-437. [https://doi.org/10.4337/9781800371682.00026].
- NORMANTON, Edward L. The accountability and audit of governments: A comparative study. *Manchester University Press*, 1966. [doi:10.1017/S0003055400132630].
- OPDEBEEK, Ingrid; DE SOMER, Stéphanie. The duty to give reasons in the European Legal Area: a Mechanism for transparent and accountable administrative decision-making? A comparison of Belgian, Dutch, French and EU Administrative Law. En *Rocznik Administracji Publicznej*, 2016, no 2. [https://doi.org/10.4467/24497800RAP.16.007.5100].
- ORWAT, Carsten; BAREIS, Jascha; FOLBERTH, Anja; JAHNEL, Jutta; WADEPHUL, Christian. *Normative Challenges of Risk Regulation of Artificial Intelligence and Automated Decision-Making*, 2022. [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4274828].
- PARLAMENTO EUROPEO. *Las Fuentes y el Ámbito de Aplicación del Derecho de la Unión Europea*. [https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/es/FTU\_1.2.1.pdf].
- PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA; COMISIÓN EUROPEA. *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2015. [https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/ES-guia-para-la-redaccion-de-textos-legislativos.pdf].
- PARVIAINEN, Henni. Can algorithmic recruitment systems lawfully utilise automated decision-making in the EU? En *European Labour Law Journal*, 2022, vol. 13, no 2. [https://doi.org/10.1177/203195252210938].

- PASCUA MATEO, Fabio. Las Disposiciones Regulatoras de la Técnica Legislativa en la Unión Europea. *Revista de las Cortes Generales*, 2003. [<https://doi.org/10.33426/rcg/2003/60/209>].
- PÉGNY, Maël; THELISSON, Eva; IBNOUHSEIN, Issam. The Right to an Explanation: An Interpretation and Defense. *Delphi - Interdisciplinary Review of Emerging Technologies*, 2020, Volume 2, Issue 4. [<https://doi.org/10.21552/delphi/2019/4/5>].
- PESCATORE, Pierre. Les Objectifs de la Communauté Européenne Comme Principes d'interprétation Dans la Jurisprudence de la Cour de Justice. En: W.J. Ganshof van der Meersch, *Miscellanea*, 1972, vol. 2. [<https://lawcat.berkeley.edu/record/42305>].
- PORTUESE, Aurelien; GOUGH, Orla; TANEGA, Joseph. The principle of legal certainty as a principle of economic efficiency. *Eur J Law Econ* 44, 131–156, 2017. [DOI: 10.1007/s10657-014-9435-2].
- RAAB, Charles. The Meaning of ‘Accountability’ in the Information Privacy Context. En D. Guagnin, L. Hempel, C. Ilten a.o. (eds.), *Managing Privacy through Accountability*, 2012, Palgrave Macmillan, p. 193-232. [<https://doi.org/10.1057/9781137032225>].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.6 en línea]. [<https://dle.rae.es>].
- GUIDOTTI, Ricardo. Counterfactual explanations and how to find them: literature review and benchmarking. En *Data Min Knowl Disc* 38, 2770–2824 (2024). [<https://doi.org/10.1007/s10618-022-00831-6>].
- REZEVSKA, Daiga. General Principles of Law as Common Constitutional Traditions of the European Union Member States. *Journal of the University of Latvia*. Law, 15, 2022. [<https://doi.org/10.22364/jull.15.10>].
- ROBINSON, Neil; GRAUX, Hans; BOTTERMAN, Maarten; VALERI, Lorenzo. *Review of the European Data Protection Directive* (2009). [[https://www.rand.org/pubs/technical\\_reports/TR710.html](https://www.rand.org/pubs/technical_reports/TR710.html)].
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *La Interpretación del Derecho de la Unión Europea*. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, 4. [<http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:1217>].
- SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. La interpretación en el Derecho comunitario europeo. BFD. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 1993, 3, 269-292. [<http://hdl.handle.net/11441/65724>].
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, María Matilde. Antecedentes y Evolución de la Unión Europea. En José Ángel CAMISÓN YAGÜE et al. *Lecciones básicas de Derecho e instituciones de la Unión Europea*. Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 2011. [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3858104>].
- SELBST, Andrew; POWLES, Julia. “Meaningful information” and the right to explanation. En *Conference on fairness, accountability and transparency*. PMLR, 2018. [<https://ssrn.com/abstract=3039125>].
- SORIANO ARNANZ, Alba. *Decisiones Automatizadas: Problemas y Soluciones Jurídicas. Más Allá de la Protección de Datos*. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2021, vol. 3. [[https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_3\\_2021\\_535](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_3_2021_535)].
- SPREITZER, Nina; HANED, Hinda; VAN DER LINDEN, Ilse. Evaluating the Practicality of Counterfactual Explanations, 2022. En *Trustworthy and Socially Responsible Machine Learning* (TSRML 2022) co-located with NeurIPS 2022, p. 1. [<https://openreview.net/forum?id=gi2UZ9mRkUv>].

- TENE, Omer; POLONETSKY, Jules. Big data for all: Privacy and user control in the age of analytics. *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2012, vol. 11. [<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol11/iss5/1>].
- THOUVENIN, Florent; FRUH, Alfred; HENSELER, Simon. Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right? En *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 2022, vol. 8. [<https://doi.org/10.21552/edpl/2022/2/6>].
- TOSONI, Luca. The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22 (1) of the General Data Protection Regulation. En *International Data Privacy Law*, 2021, vol. 11, no 2. [<https://ssrn.com/abstract=3845913>].
- TZANO, Maria. *The Fundamental Right to Data Protection Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance*, Hart Publishing, 2017.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. *El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado. Cuadernos de derecho público*, 2006, nº 28, 17-54. [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2490086>].
- VEALE, Michael; EDWARDS, Lilian. Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling. *Computer Law & Security Review*, 2018, vol. 34, no 2. [<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.12.002>].
- VENICE COMMISSION OF THE COUNCIL OF EUROPE. *The Rule of Law Checklist*, 2016. [[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e)].
- VERMEULEN, Mathias. *Regulating profiling in the European Data Protection Regulation: An interim insight into the drafting of Article 20*. EMSOC Working Paper, 2013. [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2382787>].
- VIDA MORENO, María Nieves. El derecho a un proceso equitativo en el convenio europeo de derechos humanos. En: *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2018, no 145. [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6869651>].
- VOIGT, Paul; VON DEM BUSSCHE, Axel. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, 1st Ed., Cham: Springer International Publishing, 2017.
- VRABEC, Helena U. *Data Subject Rights under the GDPR: With a Commentary through the Lens of the Data-driven Economy*. Primera edición. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2021.
- WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, Volume 7, Issue 2, 2017. [<https://doi.org/10.1093/idpl/ipx005>].
- WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. Counterfactual explanations without opening the black box: Automated decisions and the GDPR. En *Harv. JL & Tech.*, 2017, vol. 31. [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3063289](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063289)].
- WALDMAN, Ari Ezra. Power, Process, and Automated Decision-Making. 88 *Fordham L. Rev.*, 2019. [<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol88/iss2/9>].
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 1890, vol. 4, no. 5. [<https://doi.org/10.2307/1321160>].
- WEATHERILL, Stephen; BEAUMONT, Paul. *EU law*. Tercera Edición. London, Penguin Books, 1999.

WIEDEMANN, Klaus. Profiling and (automated) decision-making under the GDPR: A two-step approach. *Computer Law & Security Review*, 2022, Volume 45. [https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105662].

ZOPF, Felix. Two Worlds Colliding—The GDPR In Between Public and Private Law. *European Data Protection Law Review*, 2022, vol. 8, no 2. [https://doi.org/10.21552/edpl/2022/2/8].

ZUSMAN, Shoschana. *La interpretación de la ley: teoría y métodos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018. [http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170687].

## JURISPRUDENCIALES

### a. Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 6 de octubre de 1970, *Franz Grad v Finanzamt Traunseifen*, asunto 9/70, ECLI:EU:C:1970:78. [https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-9/70].

Sentencia de 17 de noviembre de 1983, *Merck v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, asunto 292/82, ECLI:EU:C:1983:335. [https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-292/82].

Sentencia de 30 de enero de 1985, *Comisión de las Comunidades Europeas v Reino de Dinamarca*, asunto 143/83, ECLI:EU:C:1985:34. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0143].

Sentencia de 15 de diciembre de 1987, *Irlanda v Comisión De Las Comunidades Europeas*, asunto 325/85, ECLI:EU:C:1987:546. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0325].

Sentencia de 15 de febrero de 1996, *Finian Duff, Liam Finlay, Thomas Julian, James Lyons, Catherine Moloney, Michael McCarthy, Patrick McCarthy, James O'Regan, Patrick O'Donovan y Minister for Agriculture and Food, Ireland*, asunto C-63/93, ECLI:EU:C:1996:51. [https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-63/93].

Sentencia de 19 de noviembre de 1998, *Helsingborgs tingsrätt v Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren, Solweig Arrborn*, asunto C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554. [https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-162/97].

Sentencia de 25 de noviembre de 1998, *Giuseppe Manfredi v Regione Puglia*, asunto C-308/97, ECLI:EU:C:1998:566. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0308].

Sentencia de 26 de junio de 2001, *The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte: Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, asunto C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356. [https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-173/99].

Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Albert Anker, Klaas Ras, Albertus Snoek y Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-47/02, ECLI:EU:C:2003:516. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2003%3A516].

Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Göta hovrätt v Bodil Lindqvist*, asunto C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596. [https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-101/01&td=ALL].

Sentencia de 24 de noviembre de 2005, *Deutsches Milch-Kontor GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, asunto C-136/04, ECLI:EU:C:2005:716. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0136].

Sentencia de 8 de diciembre de 2005, *Banco Central Europeo v República Federal de Alemania*, asunto C-220/03, ECLI:EU:C:2005:748. [<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-220/03>].

Sentencia de 27 de noviembre de 2007, *C*, asunto C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714. [<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-435/06>].

Sentencia de 19 de mayo de 2010, *Pye Phyto Tay Za v Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, asunto T-181/08, ECLI:EU:T:2010:209. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A62008TJ0181>].

Sentencia de 6 de junio de 2013, *The Queen, a instancia de: MA, BT, DA y Secretary of State for the Home Department, en el que participa: The AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe) (UK)*, asunto C 648/11, ECLI:EU:C:2013:367. [].

Sentencia de 13 de mayo de 2014, *Google Spain, S.L. y Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, asunto C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317. [<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-131/12>].

Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Maximillian Schrems y Data Protection Commissioner, con intervención de: Digital Rights Ireland Ltd*, asunto C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650. [<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-362/14&td=ALL>].

Sentencia de 19 de octubre de 2016, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779. [<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-582/14&td=ALL>].

Sentencia de 16 de julio de 2020, *Data Protection Commissioner y Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems, con intervención de: The United States of America, Electronic Privacy Information Centre, BSA Business Software Alliance Inc., Digitaleurope*, asunto C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559. [<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-311/18&language=ES>].

#### **b. De los Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Conclusiones del AG Campos Sánchez-Bordona de fecha 2 de mayo de 2016, *Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-582/14, ECLI:EU:C:2016:339. [<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-582/14&td=ALL>].

Conclusiones del AG Priit Pikamäe de fecha 16 de marzo de 2023, *OQ v Land Hessen, con intervención de: SCHUFA Holding AG*, asunto C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220. [<https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-634/21>].

#### **c. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Sentencia de 18 de marzo de 1997, *Foucher v Francia*, Sentencia 22209/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0318JUD002220993. [<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-164016&filename=CASE%20OF%20FOUCHER%20v.%20FRANCE%20-%20%5Bspanish%20translation%5D%20summary%20by%20the%20spanish%20cortes%20generales.pdf&logEvent=False>].

#### **d. Nacionales (Estados miembros de la Unión Europea)**

GARANTEE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l. - 10 giugno 2021* [9675440]. [<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9675440>].