

20 de julio de 2017

Generación de perfiles de usuarios bajo el nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos y su complicado encaje en las estrategias de Big Data.

Reglamento (UE) 2016/679

Definición de elaboración de perfiles según el art 4, del **Reglamento (UE) 2016/679**

“Definiciones 4) «elaboración de perfiles»: 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”.

Tomemos nota de las inclusiones del artículo: “evaluar determinados aspectos personales”; “analizar o predecir”. El legislador lógicamente va más allá, de la mera elaboración clásica de perfiles de usuario, que en gran parte se basaba en el *enriquecimiento* de bases de datos. Ahora se toma en cuenta la realidad del Big Data, y de ahí la complejidad y sofisticación de los actuales procesos donde a través de una mera dirección IP, y su rastreo puede generar un complejo perfil de usuario, en la línea de lo adelantado en el 4, del **Reglamento (UE)**, como así lo manifiesta el Considerando (30):

“Las personas físicas pueden ser asociadas a identificadores en línea facilitados por sus dispositivos, aplicaciones, herramientas y protocolos, como direcciones de los protocolos de internet, identificadores de sesión en forma de «cookies» u otros identificadores, como etiquetas de identificación por radiofrecuencia. Esto puede dejar huellas que, en particular, al ser combinadas con identificadores únicos y otros datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas físicas e identificarlas”.

Por todo ello el legislador europeo a través del considerando 75 incluye, entre otros, la elaboración de perfiles, **COMO UN RIESGO PARA LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS INTERESADOS EN EL TRATAMIENTO DE SUS DATOS PERSONALES;**

“Cuando se evalúen aspectos personales, en particular en el marco del análisis y la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, la situación económica,

la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la ubicación o los movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales”.

Además de una consideración especial a los menores:

“Considerando (38): Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños”.

¿Existe por lo tanto un deber de información?

Al menos así lo prevé el Reglamento,

*Considerando (60) “Los principios de tratamiento leal y **transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines.** El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales. **Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración.** Si los datos personales se obtienen de los interesados, también se les debe informar de si están obligados a facilitarlos y de las consecuencias en caso de que no lo hicieran. Dicha información puede transmitirse en combinación con unos iconos normalizados que ofrezcan, de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible, una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto. Los iconos que se presentan en formato electrónico deben ser legibles mecánicamente”.*

Se insiste en el deber del derecho de la información cuando se captan datos personales, pero al tratar el Big Data, es imposible prever las finalidades del tratamiento porque este modelo es impredecible, en cualquier caso veremos la fórmula que se utiliza para informar al usuario.

Prohibición de las decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado.

A través del art 11 del Reglamento (UE) 2016/679 se regula la prohibición absoluta del cruce de datos que generen decisiones con efectos jurídicos negativos para las personas.

Es importante el matiz que introduce el reglamento, acerca de la “*prohibición en las decisiones*”, y no la “*prohibición en el tratamiento*”, cuestión fundamental en el Big Data, aunque muchas decisiones se tomarán de forma subjetiva, difícil de demostrar que fue fruto de un tratamiento automatizado. El artículo introduce también otro matiz importante, y es el de la exclusividad, “*decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado*”, una excepción que puede generar más conflicto en la interpretación de la norma y que será interesante observar en la casuística.

Artículo 11 Mecanismo de decisión individual automatizado

1. Los Estados miembros dispondrán la prohibición de las decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos negativos para el interesado o le afecten significativamente, salvo que estén autorizadas por el Derecho de la Unión o del Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento y que establezca medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades del interesado, al menos el derecho a obtener la intervención humana por parte del responsable del tratamiento.

Y en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679, se prevé el **derecho a oponerse a los cruces de datos que puedan producir efectos jurídicos en una persona**. Se trata de una declaración de principios que reafirma el derecho de las personas frente a esta práctica aunque no estará exenta de discrepancias por las diferentes interpretaciones y casuística, entre otras cosas porque la toma de decisiones vendrá determinada por los resultados del Big Data, y así es como la industria lo prevé.

Reglamento Artículo 22 Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles

1. 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.

El apartado 2 enumera una serie de excepciones, entre las que destaca, como siempre el consentimiento explícito del interesado. Será interesante ver cómo se ejecuta el consentimiento expreso en cada caso, si es libre y legítimo ya que éste puede generar a posteriori efectos negativos en dicha persona.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;

b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o

c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

De nuevo estamos ante una figura de derecho de oposición que no estará exenta de polémica porque en parte anula la esencia misma del Big Data, considerado como un fenómeno imparable.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo **el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.**

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el 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.

Reidentificación de un dato anónimo.

En el *considerando (51)* se incluye como un riesgo para los derechos y libertades de los individuos, por ejemplo, cuando un tratamiento puede dar lugar a discriminación, como pueden ser los derivados de un proceso de Big Data o cuando se re-identifica un dato anónimo.

Considerando (51) “**Los riesgos para los derechos y libertades de los interesados, de diversa probabilidad y gravedad, pueden producirse debido a un tratamiento de datos capaz de provocar daños físicos, materiales o inmateriales, en particular cuando el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas económicas, menoscabo de la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, inversión no autorizada de la seudonimización**

Incluyendo cuando se realizan predicciones de la personalidad

(...) o cuando se evalúen aspectos personales, en particular en el marco del análisis y la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la ubicación o los movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; (...) o cuando el tratamiento se refiera a una gran cantidad de datos personales y afecte a un elevado número de interesados”.

¿Un derecho de acceso en el Big Data?

Considerando (63) “Los interesados deben tener derecho a acceder a los datos personales recogidos que le conciernan y a ejercer dicho derecho con facilidad y a intervalos razonables, con el fin de conocer y verificar la licitud del tratamiento. (...) Todo interesado debe, por tanto, tener el derecho a conocer y a que se le comuniquen, en particular, los fines para los que se tratan los datos personales, su plazo de tratamiento, sus destinatarios, la lógica implícita en todo tratamiento automático de datos personales y, por lo menos cuando se base en la elaboración de perfiles, las consecuencias de dicho tratamiento. Si es posible, el responsable del tratamiento debe estar facultado para facilitar acceso remoto a un sistema seguro que ofrezca al interesado un acceso directo a sus datos personales. (...).

El derecho de acceso a los datos personales en principio no debería ser un problema si el proceso de Big Data está controlado por una única entidad o procesador y no es un proceso de retroalimentación continua, es decir que la realidad puede ser más compleja, otra cuestión es acceder a las predicciones efectuadas con otros parámetros ajenos a los datos personales del afectado, sin olvidar que podrían someterse a un proceso de re-identificación de la persona.

Riesgos del Big Data según la Federal Trade Commission.

La FTC enumera una serie de riesgos del Big Data,, entre los que destacamos los siguientes:

i) Verse afectado por las predicciones basadas en otros individuos con perfiles similares.

La FTC pone el siguiente ejemplo ilustrativo del Big Data. Entidades financieras que bajan el límite crediticio a una persona porque otros individuos con mal historial han comprado en las mismas tiendas que aquel. Incluso la FTC comenta que una compañía de crédito en concreto le reveló que el riesgo crediticio podía aumentar si había

realizado compras con la tarjeta de servicios de consultoría matrimonial o terapias, basándose en la experiencia crediticia de otros clientes.

ii) Dirigirse a un público más vulnerable.

EL Big Data proporciona información sobre perfiles de usuarios que son más propensos al juego, a las compras compulsivas o que simplemente carecen de un juicio mínimo para interpretar ofertas online.

Conclusiones.

Parece difícil por lo tanto oponerse al tratamiento de los datos en procesos de Big Data, tanto por la propia naturaleza del Big Data como las intenciones de la industria y gobiernos de aprovechar sus oportunidades. Otro tema será las consecuencias derivadas de dichas predicciones para las personas, que habrá que vigilar para evitar discriminaciones. En cualquier caso el asunto es complejo, porque hay predicciones que no tienen ninguna base objetiva, y se utilizan. Por ejemplo te pueden denegar un crédito porque no tienes ingresos suficientes (criterio objetivo), pero ¿te lo pueden negar porque compras con la tarjeta de crédito música reguetón? (criterio subjetivo), todo ello, si una predicción de Big Data concluyera que quienes compran ese estilo de música son más propensos a no devolver el préstamo.