

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA ECONOMÍA CONDUCTUAL A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES

BENITO PÉREZ-GONZÁLEZ

Universidad Isabel I

VICTOR CAZURRO-BARAHONA

Universidad Internacional de la Rioja

CAYETANO MEDINA-MOLINA

Universidad Isabel I - Centro Universitario San Isidro

Los beneficios reconocidos a los planteamientos de la economía conductual hacen que se la señale como una de las vías para resolver un amplio abanico de problemas, el complemento perfecto para que las políticas tradicionales puedan modelar el comportamiento de los ciudadanos y, de este modo, responder a los retos que se enfrenta (Benartzi *et al.*, 2017; Datta & Mullainathan, 2014; Miranda & Fernández, 2018). Su aplicación por parte

del Sector Público, que cuenta con una larga tradición, es recomendada como la fórmula para la creación de políticas de «nivel superior», mínimamente invasivas que empujen a los ciudadanos a tomar decisiones sin restringir sus posibilidades, al tiempo que favorece una implantación más efectiva de las políticas y recuperar la confianza en los gobiernos para resolver los problemas (Castaño, 2018; Grimmelikhuijsen *et al.*, 2016; Jilke *et al.*, 2016; Medina-Molina *et al.*, 2018; OECD, 2015, 2017, 2018).

No obstante, se ha producido una amplia discusión acerca de la ética de su aplicación (Tannenbaum *et al.*, 2017). De este modo, se ha criticado el empleo de los principios conductuales por parte del Sector Público al considerarse un ataque a la «agencia humana» basado en una excesiva confianza; también se le ha criticado al Sector Público por servirse de actuaciones encubiertas y manipuladoras que explotan sesgos conductuales; partir de una pretendida irracionalidad humana; y ser marginalmente efectivos. Ante tales argumentos, se afirma que el enfoque conductual

respeto, e incluso promueve, la «agencia humana», preservando la libertad de elección; que sus intervenciones no suponen una excesiva confianza en el gobierno; que son transparentes, educativas y tratan de hacer la vida más simple; y, que generan unos elevados impactos (Sunstein, 2018). Al analizar las actitudes hacia la aplicación de los principios conductuales por parte del Sector Público, se debe tener presente que éstas se mezclan con las vinculadas hacia la ideología que la promueve (Tannenbaum *et al.*, 2017).

Entre las técnicas comportamentales adoptadas por los gobiernos destacan los *nudges*, que se recomiendan combinar con incentivos económicos. Los *nudges* alteran el comportamiento de los ciudadanos sin prohibir ninguna opción o imponer costes materiales; deben ser baratos y fáciles de evitar; y deben asegurar que las opciones predeterminadas sean fácilmente reversibles (Benartzi *et al.*, 2017; Christensen, 2017; Hummel *et al.*, 2017). Los hallazgos conductuales pueden ayudar a mejorar la difusión de información online, crecientemente empleada por los ciudadanos

para obtener información y por el Sector Público para distribuirla (OECD, 2018). El primer trimestre de 2018, en España, un 75.6% de los ciudadanos emplearon la Administración electrónica para realizar consultas relativas a impuestos, un 70.7% a servicios sanitarios y un 45.4% a la Seguridad Social. Asimismo, un 39.5% de los ciudadanos afirma preferir Internet como el canal para obtener información (ONTSI, 2018). Ya que el diseño de los entornos de elección digital afecta las elecciones de los ciudadanos, comprender el efecto de los *nudges* en estos entornos puede ayudar a llevarlos hacia la elección más deseada (Wienman *et al.*, 2016).

Los avances en la tecnología ofrecen a los consumidores nuevas formas de acceder a información para la toma de decisiones (Broniarczyk & Griffin, 2014; Mirsch *et al.*, Wienman *et al.*, 2016). Pero la cantidad de información disponible en Internet puede llevar a una «sobrecarga de información», provocando que los individuos fallen al procesar los detalles relevantes para alcanzar una elección óptima, tomando a menudo las decisiones de forma automatizada (Mirsch *et al.*, 2017; OECD, 2018). En un mundo hiperconectado, en el que las decisiones mal tomadas pueden causar una reacción en cadena, liberarse de sesgos inútiles es muy necesario (Halvorson *et al.*, 2017). El abanico de opciones de información se combina para crear un entorno en el que los consumidores cuenten con las herramientas necesarias para una toma de decisiones óptima, pudiéndose elegir entre tratar de enseñar a los usuarios el coste del error; implantar un diseño que guíe a los usuarios deliberadamente; o que bien reduzca los efectos del diseño sobre las elecciones de los usuarios (Broniarczyk & Griffin, 2014; Christensen, 2017; Wienman *et al.*, 2016).

En la difusión *online* de información, el Sector Público debe tener presente el impacto tanto de la forma como del contexto para lograr una difusión de información *online* clara y efectiva que asegure que los ciudadanos se involucren de forma completa en la economía digital (OECD, 2018). Cualquier interfaz de usuario puede ser considerada un entorno de elección digital que condiciona a los ciudadanos presentando elecciones de forma deliberada, haciendo de los *nudges* digitales una poderosa herramienta, que pasa de una perspectiva estática, a una perspectiva dinámica caracterizada por unos *nudges* más adaptativos y específicos (Hummel *et al.*, 2017; OECD, 2018; Schneider *et al.*, 2018; Wienman *et al.*, 2016).

Uno de los principios conductuales clave «es que las elecciones nunca se toman en el vacío; sino que siempre se producen en un contexto» (Camilleri & Larick, 2014; Thaler & Sunstein, 2008). Y uno de los más determinantes es el contexto o marco jurídico, ya que regula la prestación del consentimiento del titular de la información para facilitarla y que, posteriormente, sea utilizada o procesada para determinados fines. Este contexto ha cambiado recientemente con la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y, de algún modo, puede afectar a la arquitectura de la elección y a las diferentes estrategias para

presentar la información y recabar los datos necesarios de forma rigurosamente legal, especialmente en los entornos digitales. Es por ello que el objetivo del presente trabajo es analizar la forma en la que el RGPD afecta a la aplicación de la arquitectura de la elección por parte del Sector Público.

En el siguiente apartado se exponen los principios de la economía conductual, incidiendo en los sesgos y la arquitectura de la elección. A continuación, se expone la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la arquitectura de la elección. Finalmente, se exponen las conclusiones y futuras líneas de investigación.

ECONOMÍA CONDUCTUAL: LOS SESGOS Y LA ARQUITECTURA DE LA ELECCIÓN ↓

La toma de decisiones desde la economía conductual. ↓

La creciente influencia de la economía conductual ha sido reconocida con la concesión del premio Nobel de 2017 a uno de los representantes más sobresalientes del grupo de economistas conductuales: Richard Thaler (Pérez González, 2017). No es el primer Nobel que se concede a un economista conductual. En 1978 lo recibió Herbert Simon que formuló el concepto de racionalidad limitada —el hombre es incapaz de procesar toda la información de la que dispone para poder tomar decisiones, por lo que debe conformarse con encontrar niveles de satisfacción razonables—, un concepto básico para comprender el entramado argumental de esta corriente. Posteriormente, en 2002, lo recibió Daniel Kahneman, primer psicólogo en recibir el Nobel de Economía. De la colaboración entre estos tres autores surgió la formulación del efecto dotación, que explica la asimetría con la que valoramos aquellas cosas que nos pertenecen, así como la aversión a la pérdida. Comprender que sufrimos más por perder algo de lo que nos alegraría conseguir esa misma cosa, es uno de los fundamentos sobre los que se asienta cualquier análisis de la toma de decisiones.

El modelo del agente racional fue el punto inicial y principal fuente de hipótesis nula de las investigaciones en economía conductual. Tversky y Kahneman pretendían llegar desde la psicología a la mejora del entendimiento de la toma de decisiones del agente económico. Las dos ideas centrales que condicionan el trabajo de los economistas conductuales son (Kahneman, 2003): (1) la mayor parte de los juicios y de las elecciones se realizan de manera intuitiva y no responden siempre a las reglas del cálculo de probabilidades; y, (2) las reglas que gobiernan la intuición son generalmente similares a las de la percepción. De esas dos ideas centrales surgieron tres líneas de investigación dentro de la economía conductual: (1) heurísticas y sesgos (Kahneman & Frederick, 2002; Kahneman *et al.*, 1982); (2) teoría prospectiva (Kahneman & Tversky, 1979); y; (3) efecto marco (Tversky & Kahneman, 1981, 1986; Tversky & Redelmeier, 1992).

Las ciencias conductuales vienen estudiando los errores cometidos en la toma de decisiones, y la forma en la que las personas utilizan determinadas «heurísticas» en la evaluación de los riesgos a los que se enfrentan; y que en ocasiones llevan a postergar las decisiones y ser propensas a la inercia; ser reacias a las pérdidas y vulnerables a los efectos de encuadre; sufrir tanto por el «sesgo actual» -centrándose en el corto plazo- como por un optimismo poco realista -no tomar precauciones-; y no percibir determinados elementos porque están «ocultos» -no son destacados ni visibles- (Kahneman, 2003; Reisch & Sunstein, 2014). En contraposición a la teoría de que las heurísticas conducen generalmente al error, algunos autores creen que el uso de heurísticas nos lleva generalmente al acierto, gracias a la capacidad evolucionada de nuestro cerebro (Gigerenzer & Wofgang, 2011). Las heurísticas que han recibido un mayor reconocimiento son las siguientes (Kahneman, 2003):

- **Heurística de la disponibilidad.** Tomar decisiones recurriendo a los argumentos que más rápidamente acuden a nuestra mente, otorgando preferencia a la información y a los acontecimientos más recientes, observados personalmente o fáciles de recordar.
- **Heurística del anclaje.** Tomar decisiones teniendo en cuenta algo que nos viene dado o sugerido, un «ancla» que induce a tomar decisiones en un sentido concreto.
- **Heurística de la representatividad.** Tomar decisiones en función de estereotipos. Una vez que las personas o los acontecimientos son categorizados, comparten todas las características de otros miembros de esa misma categoría.

Tales heurísticas se han visto ampliadas y redefinidas (Christensen, 2017; Rock, Halvorson, & Lieberman, 2017):

- **Sesgos de similitud.** Centrar la atención en elementos que nos retrate de la mejor forma posible, y que influye en la forma de percibir a otros. Dentro de estos se identifica el sesgo del grupo, que implica percibir de forma más positiva a las personas similares; y el sesgo fuera del grupo, que supone percibir de forma más negativa a las personas diferentes.
- **Sesgos de pertenencia o de conveniencia.** Tendencia a tomar una decisión en base a la información más fácilmente accesible, vinculada a las heurísticas anclaje y disponibilidad. Dentro de estos se contemplan el sesgo de confirmación, que supone buscar y encontrar evidencias que confirmen sus ideas preconcebidas e ignorar las que no lo hacen; y el efecto halo, por el que señalar las cualidades positivas de alguien en un área influye en la percepción general de ese individuo.
- **Sesgos de experiencia.** Considerar las propias percepciones como completas y correctas pasando

por alto la variedad de procesos que conforman la realidad. Se plasman el efecto de consenso falso, que implica sobrestimar la universalidad de sus propias ideas, hábitos y opiniones; y el sesgo a posteriori por el que se ven los acontecimientos pasados como algo predecible.

- **Sesgos de distancia.** La proximidad (conceptual, espacial y temporal) es un destacado catalizador subconsciente de la toma de decisiones. Conforme más cercano se percibe un elemento, mayor valor se le asigna. Se plasma en la previsión afectiva, que implica juzgar el estado emocional futuro por cómo se siente ahora, y en el descuento temporal, que supone dar menos valor a las recompensas a medida que se alejan hacia el futuro. Por ello, se puede vincular con la disponibilidad. Cualquier recompensa para la que tengamos que esperar es menos valiosa que una que llegue ahora, el «descuento hiperbólico» (Castaño, 2018).
- **Sesgos de seguridad.** La información negativa tiende a destacar más y es más inspiradora que la información positiva. Es probable que uno se sienta más atraído por un elemento si lo percibe como una forma de evitar una pérdida que si lo percibe como una oportunidad para ganar. Estos sesgos se plasman en la aversión a la pérdida, que supone realizar una elección sin riesgos si el resultado esperado es positivo, pero hacer una elección arriesgada para evitar resultados negativos; y el efecto de encuadre, que supone basar un juicio sobre si una decisión se presenta como ganancia o como pérdida, en vez de hacerlo sobre criterios objetivos. Muy vinculados a estos sesgos de seguridad, se les pueden unir otros tres efectos (Schneider, Weinmann, & vom Brocke, 2018): el efecto de la escasez, por el que las personas tienden a percibir los artículos escasos como más atractivos o deseables; el sesgo de la opción media, por el que cuando a las personas se les presentan tres o más opciones (ordenadas secuencialmente), tienden a seleccionar la opción del medio; y el efecto señuelo, que aumenta el atractivo de una opción al presentarse junto con una poco atractiva.

Una aportación fundamental de los economistas conductuales es la «teoría prospectiva», basada en la asimetría existente en la valoración de las pérdidas y las ganancias, ya que damos más valor a las pérdidas. Se vincula al efecto dotación (Kahneman & Tversky, 1979), por el cual tendemos a otorgar un valor por encima de lo razonable a aquello que nos pertenece, que provoca el efecto de los gastos irre recuperables (Schwartz, 2004; Thaler, 1985).

Otra contribución básica en economía conductual es la explicación del «efecto marco». La manera de formular y enunciar un elemento puede determinar la visión que sobre el mismo se tiene (Tversky & Kahneman, 1981, 1986; Tversky & Redelmeier, 1992). El dilema se

encuentra entre la necesidad de dejar libertad al hombre en su toma de decisiones y la necesidad de inducir a la toma de decisiones correctas y deseables. Thaler y Sunstein (2003) abogan por el liberalismo paternalista, referido a la toma de decisiones en libertad pero con enmarcados en los que sea más fácil tomar la decisión más favorable. Las elecciones dependen, en parte, de cómo se enmarcan y presentan los posibles resultados, en forma de ganancias o pérdidas, en relación de las diferentes opciones, constituyéndose en una referencia para evaluar que puede ser el *statu quo* u otro valor (Thaler y Sunstein, 2008).

La arquitectura de la elección

El enfoque conductual abre puertas al diseño de estrategias, entre las que se encuentra la «arquitectura de elección», desarrollada bajo la premisa de que ayuda a mejorar las decisiones ante situaciones de riesgo e incertidumbre (Kunreuther & Weber, 2014; Reisch & Sunstein, 2014), y que se refiere a las tareas y rasgos contextuales asociados con una elección que pueden afectar la información empleada o la forma en que es procesada (Camilleri & Larrick, 2014; Thaler & Sunstein, 2008). Parte del principio de que las elecciones nunca se toman en el vacío, sino que se producen en un contexto. Al no existir un «contexto natural de elección», resulta inevitable la presencia de alguna forma de arquitectura de elección (Camilleri & Larrick, 2014; Christensen, 2017; Sunstein, 2015).

Las opciones se pueden ver limitadas por la forma en que se comunica la información relevante (Thøgersen, 2005). El tipo de información suministrada, así como su organización puede influenciar la forma en la que los consumidores experimentan la dificultad en la elección (Broniarczyk & Griffin, 2014). Podemos dividir en dos categorías las herramientas utilizadas para influir sobre la elección: aquellas empleadas en estructurar el asunto y las empleadas en describir las opciones (Basu & Savani, 2017; Broniarczyk & Griffin, 2014; Camilleri & Larrick, 2014; Johnson *et al.*, 2012; Kunreuther & Weber, 2014; OECD, 2018; Weinmann, Schneider, & vom Brocke, 2016):

- Formas de estructurar la elección.
- a) **Número de alternativas.** Si bien conforme más opciones se presenten mayores posibilidades de satisfacer las necesidades de los consumidores, puede generar un mayor esfuerzo de evaluación, debiéndose conocer la disposición para involucrarse en la elección. A propósito de esta cuestión son de interés los estudios de Schwartz (2004) y de Iyengar (2011) sobre la abundancia de opciones y sobre las estrategias para elegir mejor, así como los estudios sobre la categorización de las tipologías de consumidor en función de su dificultad para tomar decisiones (Schwartz *et al.*, 2002).
- b) **Tecnología y asistencia a la decisión.** Empleada para identificar las opciones más atractivas y filtrar aquellas que no lo resultan. Vinculada a este

se presentan la personalización automática del «interfaz», o los sistemas de recomendación, que permiten localizar elementos que se ajustan a las preferencias y reducen el esfuerzo de búsqueda y las herramientas de aprendizaje (Broniarczyk & Griffin, 2014):

- I. Una forma de incrementar la simplicidad de las difusiones será hacerlas más personalizadas, eliminando información irrelevante, destacando la información pertinente e, incluso, empleando preferencias personales.
 - II. Los sistemas de recomendación permiten evaluar las alternativas y ofrecer un listado de recomendaciones basadas en atributos indicados, comportamiento pasado, o filtros de usuarios similares.
 - III. Herramientas de aprendizaje de las preferencias. Ayudan en la comprensión de los atributos, clarifican las preferencias, y reducen la incertidumbre.
- c) **Opciones por defecto.** Configuraciones aplicadas a individuos que no toman un papel activo para modificarlos, y determinan la forma en la que, inicialmente, encuentran los bienes y servicios, existiendo opciones: por defecto, de reúso, simple, aleatorio, elección forzada, sensibles, persistentes, revertidos y predictivos.
 - d) **Elecciones a lo largo del tiempo.** Establecen la referencia temporal en la que se traducen los efectos de la elección.
 - e) **Presentar la información de forma simultánea o secuencial.** La presentación simultánea facilita la involucración en un procesamiento de información profundo y que pueda decantarse por la opción óptima. Una presentación secuencial incrementa las expectativas de los consumidores, reduciendo el compromiso con la elección.
 - Descripción de las opciones de elección.
 - a) **Partición de las opciones o atributos.** Vinculado al conjunto de opciones o características expuestas, así como su división en grupos o categorías.
 - b) **Atributos del diseño.** Elementos que ayudarán a la valoración de los atributos de las diferentes opciones. Se puede ayudar a las personas en sus decisiones en base a los principios de parsimonia, linealidad, comparabilidad, traslación y expansión.
 - c) **Formato visual respecto de formato verbal.** La descripción visual, respecto de la verbal, lleva a una mayor percepción de la variedad y complejidad para amplios surtidos de bienes y servicios. Conforme mayor resulte la complejidad de un formato visual, más probable será diferir la decisión.
 - d) **Alineación de los atributos.** Cuando las opciones de decisión se basan en una dimensión simple y

comparable, se considera alineable. Cuando las diferencias se apoyan en múltiples dimensiones, se consideran no alineables y resultan más complejas de evaluar.

- e) **Formato por atributos o por alternativas.** Para enfrentarse a la dificultad de la presentación por alternativas, los consumidores se apoyan en estrategias de elección lexicográficas. Los formatos por atributo refuerzan la elección de opciones de compromiso y lleva a una mayor satisfacción con la decisión al reducir la dificultad de la decisión y el volumen de información.

Entre las actuaciones que han mostrado su efectividad se encuentran hacer que una opción sea la predefinida; enfatizar las normas sociales; proporcionar información objetiva; ofrecer advertencias; enmarcar opciones; asegurarse de que ciertos artículos aparecen primero o último; requerir una elección activa; proporcionar equivalencias; ofrecer recordatorios frecuentes; y hacer que ciertas variables o características del producto sean muy importantes (Kunreuther & Weber, 2014; Reisch & Sunstein, 2014). Se han expuesto las siguientes estrategias para mejorar la difusión de información online (Christensen, 2017; OECD, 2018): presentar los términos clave en negrita; asegurar que la información se expone de forma sucinta y adecuada a los dispositivos; emplear *tags* y vínculos, de forma que la información clave pueda ser localizada; la información clave será presentada de forma prominente y destacada en múltiples lugares y varias veces.

LA PROTECCIÓN DE DATOS, LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS (RGPD) Y LA ARQUITECTURA DE LA ELECCIÓN ▼

Nuevo contexto normativo ▼

Hasta mayo de 2016 la Directiva 95/46/CE indicaba a los Estados miembros cuál era el camino a seguir en cuanto a la protección de datos. En España, se concretó en una normativa cuyo pilar fundamental era la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (más conocida como LOPD), completada por el RD 1720/2007 por el que se aprobaba su reglamento de desarrollo. Ley y Real Decreto ya derogados por la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En mayo de 2016 entró en vigor el Reglamento 2016/679 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 (en adelante RGPD), y por el que se derogó la Directiva 95/46/CE. El RGPD no requiere de normas internas de trasposición en los países de la Unión Europea ya que es directamente aplicable. La relevancia de la aplicación del RGPD sobre la arquitectura de la elección viene deter-

minada por tres elementos: (1) porque los principales elementos que legitiman el tratamiento de datos por parte de las Administraciones Públicas son una norma jurídica, la existencia de interés público y el consentimiento del ciudadano; (2) porque, si hablamos de consentimiento, hablamos de uno de los principios básicos de la protección de datos; y, (3) porque este consentimiento debe ser prestado de manera expresa por el ciudadano cuya información vaya a ser tratada.

Que una norma jurídica o la existencia de interés público sean elementos que legitimen el tratamiento de los datos de los ciudadanos por parte de la Administración, deja en una posición de prevalencia la actuación de ésta respecto del ciudadano. No resulta complicado encontrar multitud de normas del ordenamiento jurídico que legitiman a la Administración para utilizar los datos con el fin de que su trabajo no solo pueda hacerse, sino que, además, resulte eficaz.

Igualmente, el interés público como elemento legitimador puede ser un cajón de sastre en el que la Administración encuentre legitimación para diversos tratamientos de datos. Sin embargo, ante el cada vez más completo y asentado marco jurídico regulador de la privacidad conviene ser escrupulosos en el tratamiento de la información y se impone una ponderación de los bienes jurídicos en juego valorando en cada caso si debe prevalecer el interés público que legitime la toma y tratamiento de datos por parte de la Administración, o el derecho fundamental a la protección de datos de los ciudadanos.

El principal cambio opera cuando se requiere el consentimiento del interesado para poder obtener y tratar información del mismo. Dicho consentimiento se pone en valor cuando la información que requiere la Administración no tiene tanto que ver con la necesaria para prestar sus servicios y administrar, sino más bien con aquella que puede servirle para orientar y manejar nuestras decisiones hacia otros fines al margen de aquellos para los que le habilitan las normas.

La privacidad y las formas de estructurar la elección ▼

Se puede estructurar la elección abordando diversas estrategias, pero todas ellas pueden tener implicaciones jurídicas desde el punto de vista de la privacidad, el consentimiento y la protección de datos personales.

Entre esas diversas estrategias, aquella basada en la tecnología y la asistencia a la decisión puede ser empleada para identificar las opciones más atractivas y filtrar las menos, en función del perfil del ciudadano, o bien personalizar de forma automática el interfaz. Vinculado a la elaboración de perfiles es objeto del RGPD que en su Considerando 24 dice que «debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales,

comportamientos y actitudes». Se incide en ello en el Considerando 60 afirmando que «se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración». Y desde luego, es el ciudadano quien debe prestar su consentimiento expreso para que esto pueda hacerse. Por tanto, si se utiliza una estrategia basada en la tecnología para asistir a la decisión el ciudadano debe tener el derecho a conocer y a que se le comuniquen 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 (Considerando 63 del RGPD).

Otra posible estrategia para estructurar la elección puede ser ofrecer opciones marcadas por defecto que determinen la forma en la que los consumidores, inicialmente, encuentran los bienes y servicios. Tampoco esto es posible conforme a la nueva normativa europea. El papel del individuo debe ser activo en todo caso. El consentimiento debe ser expreso, como veremos más adelante; y las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento (Considerando 32 del RGPD).

Presentar la información de forma simultánea o secuencial también puede constituir una estrategia de cara a condicionar la elección del ciudadano. La normativa no desciende al detalle de si la información ha de presentarse de forma simultánea o secuencial, pero sí es ineludible que la recogida de información venga presidida por el principio de transparencia. Este exige que toda información relativa al tratamiento de esos datos sea accesible y fácil de entender, y esto también afecta a la estructura de la elección y a la presentación de la información.

Sólo es válido el consentimiento expreso ↓

En la arquitectura de la elección cobra una importancia determinante el modo en que se presentan las diferentes opciones. Dejando aparte el interés público y la legitimación a través de normas, conviene destacar el papel del consentimiento como elemento que legitima el tratamiento de datos; el RGPD protege de tal manera el modo en que se debe recabar el consentimiento del interesado que, respetando la normativa vigente, es muy difícil recabar información y usarla sin que el ciudadano tome una decisión consciente, expresa, libre e inequívoca sobre la misma. O el consentimiento y recogida de la información se hace según exige la normativa o la prestación de ese consentimiento será nula; y, en consecuencia, la información recabada no podrá utilizarse ni tratarse o se estaría cometiendo una ilegalidad.

¿Y cómo debe ser entonces el consentimiento del ciudadano para que la recogida y el tratamiento de la información sean legítimos? El RGPD define «consentimiento del interesado» 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» (artículo 4.11 RGPD). Con esto surge una de las principales diferencias respecto a la LOPD del 99 que, en determinados casos, permitía el consentimiento tácito.

Es algo que el Proyecto de nueva LOPD española también recoge y en el artículo 6 apartado segundo del Proyecto, reza así: «2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para cada una de ellas». El hecho de que desaparezca el consentimiento tácito y sea preciso un consentimiento expreso hace que este deba darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen. El propio RGPD, en su Considerando número 32, recoge que esto puede hacerse como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal.

El mismo Considerando manifiesta que también «podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales».

Consentimiento para todas y cada una de las finalidades del tratamiento ↓

Ante las disyuntivas de elección que la Administración presente al ciudadano, con el RGPD el poder de este último es mucho mayor, pues es quien decide lo que elige, y lo hace marcando, señalando o manifestando de manera expresa cuál es su elección. Con el RGPD, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no pueden constituir consentimiento. Si bien el ciudadano debe mostrar su elección en el modo citado, alguna forma de arquitectura de elección es inevitable, pues el diseño de un formulario, de una página web o el apartado que recoja el consentimiento del afectado influirá en las decisiones.

Sin embargo, también el Reglamento puede ayudar a minimizar el efecto que el diseño de una web o un formulario puedan tener en las elecciones del interesado. Esto es porque es complicado ocultar unas u otras opciones cuando la normativa exige que «el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines». Es decir, «no es posible presentar una casilla que permita un consentimiento único para multitud de finalidades, sino que el interesado deberá prestar su consentimiento expreso para todas y cada uno de los fines que se le formulen». Esto provoca, inevitablemente, que todos y cada uno de los consentimientos prestados hayan re-

querido del interesado, al menos, una lectura somera de la finalidad para la que se recaba el mismo.

Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos y cada uno de ellos. Y en el caso de que el consentimiento se haya de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta (Considerando 32 RGPD).

Claridad de los términos en que se presenta la elección

El RGPD viene a reforzar el modo en que debe presentarse la información, de manera que el ciudadano pueda prestar aquellos datos que desee habiendo comprendido perfectamente aquello que se le solicita. De este modo, se garantiza su libertad y su capacidad para ser quien tome la decisión última sobre la información que facilita. En este punto, en el que se habla de la claridad de los términos cuando se solicita el consentimiento, conviene traer lo recogido en algunos de los Considerandos del propio Reglamento. Tanto el 58 como el 60 son una buena muestra de lo que pretende el legislador con la nueva normativa.

El 58 alude al principio de transparencia, que exige que «toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice». El principio de transparencia en un principio clave en el tratamiento de datos, debiendo recordarse que los primeros principios relativos al tratamiento de datos a los que hace referencia el artículo 5 del RGPD son licitud, lealtad y transparencia. El Considerando 58 también aclara que «esta información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web». Y añade que esto es especialmente pertinente «en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea».

En esta dirección, conviene destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (EDJ 2018/551724 SAP Madrid de 9 de julio) que ha elaborado una doble versión de su resolución, una técnico-jurídica (habitual) y una redactada en un lenguaje más comprensible para la persona afectada, a efectos de que la pudiera comprender, con el fin de hacer más accesible la justicia para el justiciable. Algo similar es lo que debiera hacerse cuando la Administración presenta al ciudadano diversas opciones para recabar información, de modo que todos, independientemente de nuestra condición y nivel educativo, podamos elegir de manera totalmente informada, clara y sencilla. En el caso de menores, y puesto que estos merecen una protección específica, se apunta que «cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe faci-

litarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender».

El Considerando 60 hace referencia a los principios de tratamiento leal y transparente, que exigen que no solo que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines, sino también que «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».

Teniendo en cuenta que la recogida y tratamiento masivo de datos es cada vez más habitual, el responsable del tratamiento debe informar de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración. El Considerando 60 recoge una novedad que puede facilitar el conocimiento de los ciudadanos sobre el tratamiento de sus datos: aportar información combinada con iconos que ofrezcan, de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible, una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto.

En el articulado del RGPD, es el artículo 12 el que regula la transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado. De modo que cualquier tratamiento de la información (datos personales del ciudadano) que vaya a realizar la Administración habrá de comunicarse de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo.

Mayor poder del ciudadano en su toma de decisiones

El cambio de contexto normativo que supone la aplicación del Reglamento europeo implica un cambio de paradigma en cuanto a la recogida de información personal del ciudadano. El hecho de que esta información deba pedirse de una determinada manera y respetando unos principios encabezados por el de transparencia, así como las características que debe tener el consentimiento de quien presta sus datos, hacen que el ciudadano tenga la última palabra en cuanto a la cesión de determinada información y su tratamiento.

Si bien la Administración sigue contando con importantes elementos que legitiman la recogida y el tratamiento de nuestros datos, el poder del ciudadano es ahora mayor. Él es quien decide qué información cede, cuándo y con qué finalidad. Y la Administración, como responsable del tratamiento de esa información debe estar a lo que fije el Reglamento y, en el caso de España, a lo que establezca la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

CONCLUSIONES

En mayo de 2016 entró en vigor el Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físi-

cas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Dicho cambio normativo, vino a condicionar la aplicabilidad de los principios conductuales en una de las áreas de desarrollo de Sector Público que venía presentando un mayor desarrollo en nuestros días: la difusión digital de información. Más aún, cuando designa a la existencia de una norma jurídica o de interés público como elementos que legitiman el tratamiento de los datos de los ciudadanos por parte de la Administración. Todo ello se produce una vez aceptada la aplicabilidad de los principios conductuales por parte del Sector Público, como fórmula para lograr el diseño e implantación de unas políticas de «nivel superior» que ayuden a superar los retos de nuestro tiempo. Determinados cambios normativos pueden suponer un cambio en el contexto a los que deba ajustarse.

El RGPD parece contener una apuesta por favorecer la difusión digital de información, al sugerirse que la información podrá «facilitarse en forma electrónica, (...) mediante un sitio web», al tiempo que, apostando por la sencillez, ya que requiere que «toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice».

Como hemos podido observar, dos de las heurísticas iniciales vinculadas a la economía conductual, podrían verse afectadas en cuanto a su aplicabilidad. Nos referimos al efecto anclaje y al efecto disponibilidad. El efecto anclaje, al vincularse con la tendencia a dejarnos llevar con la primera información ofrecida, o aquella que venga sugerida, debe tener presente que con la aprobación del RGPD ya no resulta posible el uso de las opciones por defecto, requiriéndose del consentimiento expreso del ciudadano. Respecto al efecto disponibilidad, por el que se otorga preferencia a la información y a los acontecimientos más recientes, recordar la apuesta por la transparencia que realiza la normativa. Todo ello determina, a su vez, el manejo del sesgo de pertenencia, que tiene presente la toma de decisiones en base a la información más fácilmente accesible.

Respecto a la forma de estructurar la elección, la aprobación del RGPD viene a condicionar la aplicabilidad de la tecnología y asistencia a la elección, a través de la personalización, sistemas de recomendación y aprendizaje en base a las preferencias. Recordamos que, si se utiliza una estrategia basada en la tecnología para asistir a la decisión, el ciudadano debe tener el derecho a conocer y a que se le comuniquen 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. Todo ello puede condicionar la aplicabilidad de dicha herramienta. A ello se le debe unir que la Administración debe informar de la elaboración de perfiles, así como de las consecuencias de dicha elaboración.

Las prácticas vinculadas al uso de sesgos por defecto pueden ser empleadas para disuadir la toma de decisión habiéndose verificado que induce a los consumidores a emplear la opción elegida (OECD, 2018). La aplicación de esta estrategia también se ve limitada conforme a la nueva normativa ya que el papel del individuo debe ser activo en todo caso. El consentimiento debe ser expreso; y las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El hecho de que con la nueva normativa desaparezca el consentimiento tácito, y sea preciso un consentimiento expreso, hace que este deba darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen.

Con el RGPD, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no pueden constituir consentimiento. A lo que hay que añadir que, cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos y cada uno de ellos.

Como se indicaba anteriormente, podemos establecer que, si bien la Administración sigue contando con importantes elementos que legitiman la recogida y el tratamiento de nuestros datos, el poder del ciudadano es mayor con el RGPD. Es el ciudadano quien decide qué información cede, cuándo y con qué finalidad. Y la Administración, como responsable del tratamiento de esa información debe estar a lo que fije el reglamento y, en el caso de España, a lo que establezca la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Si bien el presente trabajo ha posibilitado aproximarnos a la aplicabilidad de los principios conductuales por parte del Sector Público, resultaría interesante establecer, desde un análisis concluyente, la modificación que supone en el impacto que dichos elementos tienen sobre el comportamiento de los ciudadanos.

REFERENCIAS

- Basu, S., & Savani, K. (2017). «*Choosing one at a time? Presenting options simultaneously helps people make more optimal decisions than presenting options sequentially*». *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 139, 76-91.
- Benartzi, S., Beshears, J., Milkman, K. L., Sunstein, C. R., Thaler, R. H., Shankar, M., ... & Galing, S. (2017). «*Should governments invest more in nudging?*» *Psychological science*, 28(8), 1041-1055.
- Broniarczyk, S. M., & Griffin, J. (2014). «*Decision Difficulty in the Age of Consumer Empowerment*». *Journal of Consumer Psychology*, 24(4), 608-625.
- Camilleri, A. R., & Larrick, R. P. (2014). «*Metric and Scale Design as Choice Architecture Tools*». *Journal of Public Policy & Marketing*, 33(1), 108-125.
- Castaño, M. S. (2018). «*La economía del comportamiento: la racionalidad limitada de los agentes económicos*». *Boletín económico de ICE*, 3095(Enero), 31-42.

- Christensen, K. (2017). «La arquitectura de elección se aplica a casi todo, en la economía y en la sociedad». *Harvard Deusto Business Review*, 74-81.
- Datta, S., y Mullainathan, S. (2014). «Behavioral design: A new approach to development policy». *Review of Income and Wealth*, 60(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
- Gigerenzer, G., y Wofgang, G. (2011). «Heuristic Decision Making». *Annual Review of Psychology*, 62, 451-482.
- Grimmelikhuisen, S., Jilke, S., Olsen, S. O., y Tummers, L. (2016). «Behavioral Public Administration: Combining Insights from Public Administration and Psychology». *Public Administration Review*, 77(1), 45-56.
- Halvorson, H.G., Rock, D. & Lieberman, M. (2017). «Más allá de los sesgos. Como eliminar las ideas preconcebidas». *Harvard Deusto Business Review*, 266, 72-82.
- Hummel, D., Schacht, S., y Mädche, A. (2017, June 5-10). «Designing Adaptive Nudges for Multi-Channel Choices of Digital Services : A Laboratory Experiment Design». Paper presented at the 25th European Conference on Information Systems (ECIS), Guimarães, Portugal.
- Iyengar, S. (2011). «El arte de elegir». Barcelona: Gestión 2000.
- Jilke, S., Van de Walle, S., y Kim, S. (2015). «Generating Usable Knowledge through an Experimental Approach to Public Administration». *Public Administration Review*, 76(1), 69-72.
- Johnson, E. J., Shu, S. B., Dellaert, B. C. G., Fox, C., Goldstein, D. G., Häubl, G., . . . Weber, E. U. (2012). «Beyond nudges: Tools of a choice architecture». *Marketing Letters*, 23, 487-504.
- Kahneman, D. (2003). «Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics». *American Economic Review*, 93(5), 1449-1475.
- Kahneman, D., & Tversky, A. (1979). «Prospect Theory: An Analysis of Decisions Under Risk». *Econometrica*, 47(2), 263-291.
- Kahneman, D., Slovic, P., & Tversky, A. (Eds.). (1982). «Judgment under uncertainty: Heuristics and biases». New York: Cambridge University Press.
- Kunreuther, H., & Weber, E. U. (2014). «Aiding Decision-Making to Reduce the Impacts of Climate Change». *Journal of Consumer Policy*, 37(3), 397-411.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>
- Medina-Molina, C., Rey-Moreno, M., Pérez-González, B., Rufin, R. (2018). Sesgos cognitivos y uso del e-gobierno. Una perspectiva conductual. *GAPP. Nueva Época*, 19 (mayo), 88-106.
- Miranda, B. & Fernández, J.E. (2018). «Economía conductual, irracionalidad e incertidumbre en la Unión Europea». *ESTUDIOS DE ECONOMÍA APLICADA*, 36, 49 – 66
- Mirsch, T., Lehrer, C., y Jung, R. (2017). «Digital Nudging: Altering User Behavior in Digital Environments». Paper presented at the Proceedings der 13. Internationalen Tagung Wirtschaftsinformatik (WI 2017), St. Gallen, Switzerland.
- OECD «DIGITAL ECONOMY PAPERS», 269.
- OECD. (2015). «Behavioural insights and new approaches to policy design. The views from the field». Summary of an international seminar. Paris: Retrieved from <https://www.oecd.org/gov/behavioural-insights-summary-report-2015.pdf>.
- OECD. (2017). «Behavioural Insights and Public Policy. Lessons from Around the World». Paris: OECD Publishing Retrieved from <https://doi.org/10.1787/9789264270480-en>.
- OECD. (2018). «Improving Online Disclosures With Behavioural Insights». (269). Paris: OECD publishing Retrieved from <https://doi.org/10.1787/20716826>.
- ONTSI (2018). «Las TIC en los hogares españoles. Estudio de la demanda y uso de Servicios de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información». LIX Oleada.
- Pérez González, B. (2017, 24 de octubre). «Un economista que nos ayuda a ser mejores». Retrieved from https://www.elespanol.com/blog_del_suscriptor/opinion/20171023/256544346_7.html
- Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF. Ref. 26 de agosto de 2018.
- 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). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>
- Reisch, L. A., & Sunstein, C. R. (2014). «Redesigning Cockpits: Introduction to Special Issue of Journal of Consumer Policy on Behavioural Economics, Environmental Policy and the Consumer». *Journal of Consumer Policy*, 37(3), 333-339.
- Rock, D., Halvorson, H. G., & Lieberman, M. (2017). «Más allá de los sesgos. Cómo eliminar las ideas preconcebidas» (Vol. 266): Harvard Deusto Business Review.
- Schneider, C., Weinmann, M., & vom Brocke, J. (2018). «Digital Nudging—Guiding Choices by Using Interface Design». *Communications of the ACM*, 61(7), 67-73.
- Schwartz, B. (2004). «The Tyranny of Choice». *Scientific American Mind*, 1(December), 71-75.
- Schwartz, B., Ward, A., Monterosso, J., Lyubomirsky, S., Katherine White, K., & Lehman, D. L. (2002). «Maximizing Versus Satisficing: Happiness Is a Matter of Choice». *Journal of Personality and Social Psychology*, 83(5), 1178-1197.
- Sunstein, C. R. (2015). «Nudges Do Not Undermine Human Agency». *Journal of Consumer Policy*, 38, 207-210.
- Sunstein, C. R. (2018). «Misconceptions About Nudges». *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2(1), 61-67.
- Tannenbaum, D., Fox, C. R., & Rogers, T. (2017). «On the misplaced politics of behavioural policy interventions». *Nature Human Behaviour*, 1(7), 0130, 1-7.
- Thaler, R. H. (1985). «Mental Accounting and Consumer Choice». *Marketing Science*, 4(3), 199-214.
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2003). «Libertarian Paternalism». *American Economic Review*, 93(2), 175-179.
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). «Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness». New Haven & London: Yale University Press.
- Thøgersen, J. (2005). «How May Consumer Policy Empower Consumers for Sustainable Lifestyles?» *Jour-*

nal of Consumer Policy, 28(2), 143-177. doi: <https://doi.org/10.1007/s10603-005-2982-8>

Tversky, A., & Kahneman, D. (1981). «*The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*». *Science*, 211(4481), 453-458.

Tversky, A., & Kahneman, D. (1986). «*Rational Choice and the Framing of Decisions*». *Journal of Business*, 59(4), 251-278.

Tversky, A., & Redelmeier, D. A. (1992). «*On the Framing of Multiple Prospects*». *Psychological Science*, 3(3), 191-193.

Wienman, M., Schneider, C. & von Brocke, J. (2016). «*Digital Nudging*»: *Bus Inf Syst Eng*, 58 (6), 433-436.