

# Inteligencia Artificial y regulación de la protección de Datos Personales

Comparación entre RGPD y legislación  
argentina

Carolina Martínez Elebi (\*)

2019

## Introducción

Estamos en una época en que la llamada “economía de los datos” o “economía de Big Data” está en pleno crecimiento y expansión. Desarrollos tecnológicos –tanto de empresas privadas como de órganos estatales–, plataformas de todo tipo y aplicaciones se basan en los datos aportados por sus usuarios/ciudadanos –tanto los que proveen de manera voluntaria como los que emergen de su interacción con la plataforma y con otros usuarios– para ofrecer cada vez más y mejores servicios<sup>1</sup>.

A partir la cantidad de datos de todo tipo, recopilados durante años, y provenientes de millones de usuarios del mundo conectado, se posibilitó el desarrollo de una técnica dentro del campo de la Inteligencia Artificial (IA) llamada *machine learning* (conocida en español como aprendizaje automatizado o aprendizaje de máquinas). Esta técnica está diseñada de tal manera que las máquinas aprenden de los miles de millones de datos que se le suministran y, a partir del tratamiento automatizado de esos datos, pueden tomar decisiones y establecer predicciones. Por ejemplo, para que un sistema pueda identificar a un perro en una imagen, antes tuvo que aprender de cientos de miles de imágenes de perros diferentes e incluso así podría confundirlo con una magdalena<sup>2</sup>. Es por este motivo que las empresas que desarrollan sistemas basados en *machine learning* argumentan que para que cada día sean más eficaces y precisos, necesitan almacenar y tratar cada vez más datos, entre los que se encuentran los datos personales de los usuarios (lo que puede incluir, en algunos casos, datos vinculados a la salud, datos biométricos y datos genéticos).

En este contexto, el uso, acceso y tratamiento de datos personales e información pública adquiere gran relevancia debido a la incidencia social que tiene en las personas. Es por

---

<sup>1</sup> Desde redes sociales, como Facebook, o plataformas de contenidos como Spotify, Netflix y YouTube, hasta aplicaciones que ofrecen otro tipo de servicios, como Uber (transporte) y AirBnb (alojamiento). Las opciones son cada vez más y más diversas.

<sup>2</sup> Ver: “Sabotaje al ‘machine learning’: ¿chihuahua o ‘muffin’?”, publicado por Retina de El País, el 1 de febrero de 2018. Disponible en: [https://retina.elpais.com/retina/2018/01/25/tendencias/1516886113\\_207256.html](https://retina.elpais.com/retina/2018/01/25/tendencias/1516886113_207256.html) (consultado el 6/03/2019).

esto que, en el último tiempo, desde algunos sectores comenzó a discutirse la necesidad de pensar en el desarrollo de una “IA ética”, en el caso de que eso sea posible<sup>3</sup>.

Mientras tanto, el desafío se encuentra del lado de la regulación en materia de protección de los datos personales. Teniendo en cuenta que los datos personales son considerados hoy como la moneda de la economía digital y el insumo necesario para el desarrollo de IA, es fundamental que las regulaciones garanticen la real protección de los datos personales de los usuarios y que no se violen derechos fundamentales como la privacidad de las personas ni se potencie el desarrollo y el uso de herramientas que, a través de un tratamiento automatizado de los datos, tomen decisiones o realicen “predicciones” que profundicen acciones discriminatorias a partir del sesgo de los datos.

El 25 de mayo de 2016 entró en vigor el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD o GDPR, por sus siglas en inglés), aunque su cumplimiento comenzó a ser obligatorio dos años después, en mayo de 2018. Este nuevo reglamento europeo sentó las bases para una actualización de casi todas las regulaciones en materia de protección de datos del mundo occidental, entre ellas, la de Argentina<sup>4</sup>. El 19 de septiembre 2018, el Poder Ejecutivo Nacional envió al Senado de la Nación el proyecto de Ley de Protección de Datos Personales (PDP) (Mensaje 147-2018) tendiente a reemplazar la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, que data del año 2000.

El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis comparativo entre el Reglamento General de Protección de Datos, la Ley 25.326 y el proyecto de ley de Protección de Datos Personales (Mensaje 147-2018) en cuanto a su abordaje sobre el tratamiento automatizado de datos y a la efectiva protección de los datos personales de los ciudadanos, ante el desarrollo de sistemas basados en *machine learning*, que se alimentan de grandes volúmenes de datos para realizar la toma de decisiones automatizadas y predicciones que pueden producir efectos jurídicos en los titulares de los datos o afectarlos de manera significativa. Cabe destacar que este no es un análisis comparativo exhaustivo entre las regulaciones, por lo que las observaciones o

---

<sup>3</sup> Ver: “Is Ethical A.I. Even Possible?”, publicado por The New York Times, el 1 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2019/03/01/business/ethics-artificial-intelligence.html> (consultado el 8/03/2019).

<sup>4</sup> Principalmente, para poder seguir siendo considerado un país con “ley adecuada” para poder realizar transferencia de datos con la Unión Europea.

comentarios sobre similitudes y diferencias sobre otros aspectos quedarán fuera de este trabajo.

## **El RGPD y el tratamiento automatizado**

Antes de atender a las cuestiones puntuales vinculadas al tratamiento automatizado de datos y a los derechos que tienen los titulares de esos datos en cuanto a ese aspecto, es necesario destacar primero a los principios del RGPD que tienen como objetivo garantizar la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales. Entre los principios fundamentales, se encuentra el de finalidad (cap. II, art. 5, inc. b), cuya importancia radica en que un dato no puede ser usado para una finalidad diferente a la que dio origen a su recolección. Algo para tener en cuenta es que este principio debe ir de la mano del consentimiento informado a la hora de otorgar permisos de uso de los mismos. Es decir, que el titular de los datos sepa, antes de dar su consentimiento, cuál será la finalidad de la recolección, almacenamiento y del tratamiento de esos datos.

Por otro lado, el RGPD consagra el principio de minimización de los datos (cap. II, art. 5, inc. c), que ordena que los datos serán “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados”. Así, el Reglamento dispone como principio general la obligación de recolectar, almacenar y procesar la menor cantidad de información posible, algo central para proteger a los titulares de los datos en pleno auge de la “economía de los datos” y, sobre todo, de la carrera mundial por lograr los mayores avances en el campo de la Inteligencia Artificial<sup>5</sup>.

Entre las primeras definiciones a considerar del extenso listado del artículo 4, se encuentra la definición de “datos personales”, que se refiere a “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o

---

<sup>5</sup> “Trump promete promover la inteligencia artificial ante los avances de China”, publicado en EFE el 12 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/trump-promete-promover-la-inteligencia-artificial-ante-los-avances-de-china/20000013-3894789> (consultado el 12/03/2019).

varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

Por otro lado, con respecto a los “datos sensibles”, que en el RGPD son considerados como “categorías especiales de datos personales” (artículo 9), se incluyen los datos que revelen origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los datos relativos a la salud o a la vida sexual de las personas. Además, algo importante y que marcará una diferencia con la regulación vigente en Argentina y con el proyecto de ley presentado en 2018, es que incorpora otro tipo de datos, como los datos genéticos, los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física y los datos relativos a la orientación sexual de una persona.

El “tratamiento”, según la definición incluida en el artículo 4 del RGPD, se refiere a “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, **ya sea por procedimientos automatizados o no**, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.

Además, entre las definiciones presentes en este artículo, una fundamental para la cuestión del tratamiento automatizado de datos es el de “elaboración de perfiles”, que se refiere a “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”.

Otro punto para remarcar, y que establece una diferencia con lo propuesto en el proyecto de ley argentino, es que en el RGPD el consentimiento para poder tratar los datos personales debe ser inequívoco, libre y revocable, y deberá darse mediante un acto afirmativo claro (art. 7). Aunque no incluye el calificativo “expreso”, como sí lo hace la legislación argentina, no se admite el consentimiento tácito.

Hechas estas aclaraciones, las particularidades que presenta el RGPD en cuanto al tratamiento automatizado de datos -que puede realizarse a través de sistemas de *machine learning*-, pueden observarse puntualmente en los siguientes artículos.

En principio, en el artículo 9 mencionado anteriormente, se establece como regla general la prohibición del tratamiento de las categorías especiales de datos personales (datos sensibles), entre los que se incluyen los datos genéticos, datos biométricos, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física. A pesar de que existen una serie de situaciones en las cuales el tratamiento de datos sensibles estaría autorizado, lo que se destaca es la necesidad de que exista una base legal que justifique el tratamiento de este tipo de datos.

Tanto en el artículo 13, apartado 2, inciso f, como en el artículo 14, apartado 2, inciso g, el RGPD indica que el responsable del tratamiento de los datos debe facilitar al “interesado” (titular de los datos) la información –necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente– sobre “la existencia de decisiones 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”. Lo mismo se reitera en el art. 14, ap. 1, inc. h, sobre derecho de acceso del interesado.

Un artículo fundamental para garantizar la protección del “interesado” en cuanto al tratamiento automatizado de sus datos es el art. 22, sobre decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles que indica: “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”.

En cuanto a las excepciones, en el ap. 2 se indica que esto “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”.

Sin embargo, en el ap. 3 indica que en los casos del ap. 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento debe adoptar medidas para salvaguardar los derechos, libertades e intereses legítimos del titular de los datos, “como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”, algo que, como se verá más adelante, no incluye el proyecto de ley argentino. Además, el ap. 4 indica que entre las excepciones del ap. 2 no pueden incluirse las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1. Así, se busca evitar decisiones producidas por la aplicación de algoritmos – como se utiliza, por ejemplo, en los sistemas de *machine learning*– que pudieran exacerbar patrones sociales de discriminación y exclusión. Algunos ejemplos de esto, que se mencionan en el considerando 71 del RGPD, son “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”. Algo central que se menciona en el mismo considerando es que la medida no debe afectar a un menor.

### **La Ley 25.326: ¿Qué dice la ley vigente en Argentina?**

A pesar de que en 2018 se presentó un proyecto de ley, la que tiene vigencia en la actualidad es la Ley 25.326, en la que en su artículo 2 presenta la siguiente definición de datos personales: “Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”, y de “datos sensibles”: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”. En este sentido, se diferencia del RGPD en cuanto a que la definición de “datos personales” no incluye ningún criterio o definición para establecer el carácter identificable de una persona y, además, dentro de la definición de “datos sensibles” no tiene en cuenta los datos biométricos ni los genéticos (así como tampoco los relativos a la salud, la vida sexual ni de orientación sexual de una persona física). Es por eso que, ya teniendo en cuenta estas definiciones, la ley vigente en Argentina es menos protectora de los titulares de los datos.

Con respecto al tratamiento automatizado, el art. 2 define a los “datos informatizados” como “los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado”.

En su art. 5, sobre el consentimiento, queda establecido que un tratamiento de datos personales solo es lícito cuando el titular “hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias”. A diferencia del RGPD, en la Ley 25.326 se incorpora la necesidad de que el consentimiento sea expreso. Al igual que en el Reglamento de la Unión Europea, no se contempla la existencia de un “consentimiento tácito”, como sí lo presenta el Mensaje 147-2018.

Es importante, entonces, remarcar que en la legislación argentina el consentimiento expreso es una regla general y que los casos en que no se necesita el consentimiento están presentados como excepciones a esa regla. La necesidad de que el consentimiento deba ser expreso, al referirse a tratamiento automatizado de datos, es un aspecto fundamental para garantizar la protección del titular de los datos.

Por su parte, el art. 7, sobre la categoría de datos, establece en su punto 1 que “ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles” y, en su punto 2, que estos datos “sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares”. Sin embargo, cabe recordar que tanto los datos biométricos como los datos genéticos no están considerados como datos sensibles, por lo que los titulares de los datos no están cubiertos por esta protección.

Con respecto al tratamiento automatizado de datos, en el art. 20 de la Ley 25.326, sobre impugnación de valoraciones personales, se indica que “las decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado”. Algo fundamental para destacar de este artículo es que el mismo no se aplica al sector privado que, en la actualidad, es el que mayor cantidad de datos



personales y sensibles recolecta, almacena y procesa por parte de los usuarios en el marco de los negocios de la economía de los datos, sobre todo a través de plataformas o sitios web en que los usuarios deben aceptar contratos de adhesión y completar formularios con una extensa cantidad de datos para poder acceder a la prestación de diversos servicios.

### **Qué novedades trae el proyecto de Ley de PDP (Mensaje 147-2018)**

El proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo Nacional el 19 de septiembre de 2018 tiene entre sus objetivos principales la actualización de una regulación que debe adaptarse a los avances vinculados con el desarrollo de negocios de una economía digital cuya materia prima son, fundamentalmente, los datos personales.

Comenzando por los principios, es importante que el proyecto cuente con el principio de finalidad (cap. II, art. 6), que es uno de los resguardos más importantes dentro de las regulaciones en materia de protección de datos personales, ya que esto implica que un dato no puede ser utilizado con un fin diferente al que le dio origen a su recolección. El proyecto establece que “los datos personales deben ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no deben ser tratados de manera incompatible con dichos fines”. Sin embargo, luego agrega una cláusula que indica que no se considerarán incompatibles los “fines que pudieron ser, de acuerdo al contexto, razonablemente presumidos por el titular de los datos”, lo que habilita la aplicación de cualquier otro uso, ya que no queda definido en ningún artículo del proyecto qué debe interpretarse por un fin “razonablemente presumido”.

Siguiendo con lo mencionado anteriormente sobre la ley argentina, algunos aspectos que podrían cuestionarse del proyecto en cuanto a la firme protección de los titulares de los datos –y comparando con el RGPD–, es que no se incorporan los datos biométricos ni los datos genéticos dentro de la categoría de datos sensibles, sino que estos quedan bajo el marco de datos personales (art. 2). Por otro lado, los datos que sí entran en la definición de datos sensibles, son los que refieren a la salud, preferencia o vida sexual.

Un problema importante que presenta el proyecto de ley –y que no aparece en la ley vigente ni en el RGPD– se encuentra en el artículo 12, sobre el consentimiento, ya que

además del “consentimiento expreso”, habilita la posibilidad de que exista un “consentimiento tácito” que no solo no define con precisión, sino que la ambigüedad y amplitud del concepto en sí mismo permitiría que cualquier acción u omisión por parte del usuario fuera considerada como la otorgación de este tipo de consentimiento. Sí vale destacar que en el mismo artículo se aclara que los datos sensibles solo pueden ser tratados bajo consentimiento expreso, “salvo las excepciones establecidas por ley”. El problema, en cuanto al tratamiento automatizado de datos como los biométricos y los genéticos para la toma de decisiones, para realizar predicciones o para establecer perfiles, es que ellos no se encuentran dentro de los datos sensibles, por lo que podrían ser pasibles de trámite con el consentimiento tácito, sobre el que en el proyecto no queda claro si es posible revocarlo y de qué manera.

Un aspecto relevante a considerar, es que en el artículo 16, sobre el tratamiento de datos sensibles, es que se incluye un listado de diez excepciones, por lo que el resultado termina siendo una menor protección de esos datos en comparación a la que existe en la ley vigente.

Dentro del capítulo III, sobre derechos de los titulares de los datos, en el artículo 28, referido al contenido de la información, se establece que “la información debe ser suministrada en forma clara, exenta de codificaciones y, en su caso, acompañada de una explicación de los términos que se utilicen, en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población” y, en su inciso h) indica que debe versar sobre “la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles a que se refiere el artículo 32 y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, sin que ello afecte derechos intelectuales del responsable del tratamiento”. En esta última aclaración, el proyecto prioriza los derechos intelectuales del responsable del tratamiento que utilice algoritmos para su tratamiento automatizado por sobre los derechos de los titulares de los datos.

Más adelante, en el artículo 32, sobre las valoraciones personales automatizadas, el proyecto agrega: “El titular de los datos tiene derecho a oponerse a ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, que le produzca efectos jurídicos perniciosos o lo afecte significativamente de forma negativa” y agrega las siguientes excepciones: “El titular de

los datos no podrá ejercer este derecho si la decisión: a. Es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento; b. Está autorizada por Ley; c. Se basa en su consentimiento expreso. En los casos a que se refieren los incisos a) y c), el responsable del tratamiento debe adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos del titular de los datos”.

En este caso, a pesar de que el proyecto reproduce parte de lo declarado en el RGPD y comienza con declaraciones que denotan buenas intenciones para garantizar la protección de los titulares de los datos, a diferencia de aquel, no consagra el derecho a que esas decisiones automatizadas sean revisadas por un humano. Cabe recordar que el RGPD, en su art. 22, ap. 3, establece que el titular de los datos (“interesado”) tiene, “como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”. Esto último no aparece en el proyecto de ley argentino, por lo que con la sola excepción del inc. a en la que se refiere a la celebración o la ejecución de un contrato entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento, se está habilitando a que con esos datos pueda realizarse cualquier tratamiento automatizado sin la posibilidad de que el titular de los datos solicite la intervención humana para no verse afectado.

## **Conclusiones**

Uno de los problemas que se presentan a partir del tratamiento automatizado de datos son las decisiones preventivas basadas en Inteligencia Artificial, como puede ser el caso de la liberación o no bajo fianza de personas presas a partir de la decisión de un algoritmo que determine si esa persona tiene más o menos probabilidades de reincidir, según el tratamiento de los datos que se hayan cargado en el sistema<sup>6</sup>.

Lo que sigue, luego de que el algoritmo haya tomado una decisión, es la dificultad que se presenta para cuestionar los rótulos y las decisiones automatizadas –que pueden dar lugar a problemas de discriminación, pérdidas financieras, etc.–, por lo que es fundamental que las regulaciones en materia de protección de datos personales

---

<sup>6</sup> Ver caso “Compas”, investigado por ProPublica: “Machine Bias There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks”, publicado el 23 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (consultado el 10/03/2019).

contemplan la posibilidad de que el ciudadano tenga garantizado su derecho de oponerse al tratamiento automatizado de sus datos y que pueda solicitar la intervención humana tanto en la toma de decisiones como en la elaboración de perfiles, ya que estos –creados por algoritmos que llegan a conclusiones a partir del análisis de datos cargados previamente– podrían exacerbar los ya existentes patrones sociales de discriminación y exclusión.

## Referencias

Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>

Mensaje 147-2018. Proyecto de ley de Protección de Datos Personales. Disponible en:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensaje\\_ndeg\\_147-2018\\_datos\\_personales.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensaje_ndeg_147-2018_datos_personales.pdf)

Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679> (consultado el 11/03/2018).

“Is Ethical A.I. Even Possible?”, publicado por The New York Times, el 1 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2019/03/01/business/ethics-artificial-intelligence.html> (consultado el 8/03/2019).

“Machine Bias. There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks”, publicado por ProPublica el 23 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (consultado el 10/03/2019).

“Sabotaje al ‘machine learning’: ¿chihuahua o ‘muffin’?”, publicado por Retina de El País, el 1 de febrero de 2018. Disponible en: [https://retina.elpais.com/retina/2018/01/25/tendencias/1516886113\\_207256.html](https://retina.elpais.com/retina/2018/01/25/tendencias/1516886113_207256.html) (consultado el 6/03/2019).

“Trump promete promover la inteligencia artificial ante los avances de China”,  
publicado en EFE el 12 de febrero de 2019. Disponible en:  
<https://www.efe.com/efe/america/sociedad/trump-promete-promover-la-inteligencia-artificial-ante-los-avances-de-china/20000013-3894789> (consultado el 12/03/2019).