

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL SERVICIO DEL MARKETING LÍMITES AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES³²

María de los Ángeles Tedesco³³

RESUMEN:

En la actualidad, existen empresas en las que su actividad comercial reside en la obtención de datos personales de particulares, como ser gustos, intereses, opiniones y elecciones en la esfera privada de sus acciones. Con dichos datos y a través de algoritmos específicos se forman perfiles de consumo y se transforman en un insumo para ofrecer servicios a otras empresas que podrán dirigir sus publicidades a un grupo determinado de interés.

Estas publicidades direccionadas, lograrán o intentarán persuadir la elección del receptor de una forma sutil, influenciándolo de elegir un bien o servicio por sobre otro. Pero en esta tarea resulta necesario establecer los límites jurídicos al tratamiento de datos personales como al consentimiento para que no resulte una manipulación maliciosa en la toma de decisiones y un avasallamiento del derecho a la intimidad, privacidad y autodeterminación informativa. Se desarrollará como es el procedimiento mediante el cual las empresas obtienen los datos personales y como obtienen el consentimiento para el tratamiento de estos.

Finalmente se concluirá con la necesidad de un cambio normativo que resulte acorde a las necesidades actuales y al avance que ha tenido la tecnología utilizada al servicio del marketing, estableciendo en el mismo limitaciones al tratamiento de datos con fines publicitarios basada en el principio de finalidad y

32 Enlace al video: <https://youtu.be/JbRfi8xT15w>

33 Abogada, Especialista en Gestión de las Instituciones (FLACSO 2017) Especialista en Docencia Universitaria (IUPFA 2018) Doctorando en Derecho (UK). Secretaria Académica Unidad Académica de Formación Profesional y Permanente Instituto Universitario Policía Federal Argentina. mail: marytedesco@hotmail.com

la forma de otorgar el consentimiento.

Palabras claves: inteligencia artificial - marketing tecnológico –datos personales
– big data – principio de finalidad

INTRODUCCIÓN: MARKETING TECNOLÓGICO Y MINERÍA DE DATOS

El derecho a la protección de los datos personales se encuentra consagrado en legislaciones de todo el mundo desde hace varios años, pero en este último tiempo ha adquirido significativa relevancia.

En el marco de la sociedad de consumo y la información, la recolección, utilización e intercambio de datos cada vez tiene mayor importancia. El impacto, alcance y penetración de la conectividad a internet en todo el mundo, la popularización y avance de los dispositivos móviles y redes sociales traen consigo un cambio de paradigma en el derecho a la protección de datos personales.

Las nuevas técnicas de análisis de datos masivos, llamados “Big Data”, han venido a dotar de nuevo sentido y conceptualización a los datos, tornándose en el centro de la estrategia comercial de las compañías de todo el mundo.

En la actualidad, existen empresas que se

dedican al “Big Data”, “Data Mining” o “Minería de Datos”. A modo de ejemplo, explicaré como funcionan algunas de ellas: colocan su tecnología no intrusiva, en espacios comunes de centros comerciales, mediante la cual se obtienen pulsaciones electromagnéticas que emiten los teléfonos celulares con el objetivo de obtener información relevante que, luego de ser cruzada con otros datos enriquecidos, pueda en un futuro ayudar a predecir la demanda, estableciendo nuevos objetivos en la atracción de nuevos y antiguos clientes.

La cantidad de datos que producimos los seres humanos se duplica año a año y a través del análisis de estos por aplicación del machine learning³⁴ permite que la inteligencia artificial aprenda a pensar y

34 Machine Learning: Disciplina científica del ámbito de la Inteligencia Artificial que crea sistemas que aprenden automáticamente. *Aprender* en este contexto quiere decir identificar patrones complejos en millones de datos. **La máquina que realmente aprende es un algoritmo** que revisa los datos y es capaz de predecir comportamientos futuros. *Automáticamente*, también en este contexto, implica que estos sistemas se mejoran de forma autónoma con el tiempo, sin intervención humana. Veamos cómo funciona. recuperado de <https://cleverdata.io/que-es-machine-learning-big-data/#:-:text=Machine%20Learning%20es%20una%20disciplina.complejos%20en%20millones%20de%20datos>. El 14/06/2020

sentir como los seres humanos logrando una curva de aprendizaje acelerada.

EL CONSENTIMIENTO Y EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Las compañías que implementan estas técnicas de recolección y análisis de datos masivos encuentran “el consentimiento” del titular para realizar estas acciones, ya que a fin de ofrecer algún premio o beneficio o simplemente para poder conectarse a una red wifi o acceder a páginas web, el usuario debe aceptar los términos y condiciones o que la página trabaje con “cookies”. Lo que si estamos seguros es que nada resulta gratis.

El consentimiento del afectado es esencial en lo que respecta al tratamiento de datos, ya que todo banco de datos o registro ya sea público o privado, que desee tratar datos de personas físicas o jurídicas, deberá requerirles previamente su consentimiento para el tratamiento, salvo que los datos se encuentren en alguno de los supuestos legales que eximen del mismo.³⁵

35 Basterra Marcela I. “Protección de datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.” Página 6

Para el cruce de datos obtenidos, se establece una estructura llamada datawarehouse, cuya finalidad de tratamiento es indagar en las bases de datos donde previamente las personas consintieron el tratamiento de sus datos con el objeto de obtener una nueva base de datos resultante del entrecruzamiento de datos anteriores.³⁶

En principio, cualquier técnica de data mining exigirá el consentimiento previo del sujeto afectado, no sólo para efectuar ese tratamiento, sino también para su uso con la finalidad concreta a la que se pretenda destinar. El hecho de que exista consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos en otros casos no significa que se pueda efectuar un tratamiento paralelo, que supondría una vulneración del principio de finalidad del tratamiento contenido en el artículo 4.1 y 4.3 de la ley de protección de datos personales.³⁷

Actualmente, las técnicas de data mining han ganado mucho con la llegada y evolución de la red. La cantidad de datos de un usuario que puede conjurar un

36 Idem ant. Pagina 8.

37 Basterra Marcela I. “Protección de datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.” Página 9.

portal de comercio electrónico es inmensa, partiendo de los datos voluntariamente introducidos por el usuario registrado, y pasando por los hábitos de navegación que demuestre en su utilización diaria de los servicios del portal. La personalización le permite seleccionar de forma voluntaria los contenidos que son de su interés, pero asimismo permitirá a la empresa propietaria del portal conocer mejor que productos pueden ser del interés del usuario. La empresa que lleva cabo el cruce de datos o “data mining”, debería notificar el resultado al titular de los datos y en caso de no contar con su consentimiento o que el mismo sea revocado, automáticamente sacar el dato del correspondiente registro.³⁸

Cuando completamos un formulario para obtener un cupón de descuento o pasamos por distintos sistemas de supermercados las tarjetas de puntos para obtener descuentos o beneficios, estamos entregando datos a cambio de ello. Estamos informando además de nuestro nombre y apellido, datos privados, como ser gustos o preferencias por ciertos productos o ciertas marcas. La reglamentación de la norma admite operaciones de tratamiento de datos con

finés publicitarios en determinados supuestos, sin que medie el consentimiento de sus titulares. En tal sentido, se permite que en la recopilación de domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa, se procesen datos personales aptos para la conformación de “perfiles” de sus titulares con fines promocionales, comerciales o publicitarios, o bien, para determinar hábitos de consumo, a efectos de desarrollar la difusión de determinados productos y servicios y poner a disposición de los titulares de los datos recolectados ofertas a medida de sus preferencias y necesidades.³⁹

Con los mencionados datos, las empresas comerciales pueden dirigir mejor su publicidad, maximizando así su eficacia y llegada al público. Para ello se utilizarán un algoritmo que permitirá predecir el consumo basándose en una base de datos con información sobre muchos clientes para los cuales observa su patrón de consumo.

38

39 RIGAUX, François, “La protection de la vie privée...” p. 597, citado por PEYRANO, Guillermo F., Régimen Legal de los Datos Personales y Hábeas Data. Comentario a la ley 25.326 y a la reglamentación aprobada por Dec. 1558/2001, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 250

EL PRINCIPIO DE FINALIDAD COMO LÍMITE

El supuesto de excepción al consentimiento previsto en el artículo 27 de la Ley de Protección de Datos Personales, ha generado confusión e incertidumbre, ya que inicialmente dispone que *"en la recopilación de domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, se podrán tratar datos que sean aptos para establecer perfiles determinados con fines promocionales, comerciales o publicitarios; o permitan establecer hábitos de consumo, cuando éstos figuren en documentos accesibles al público o hayan sido facilitados por los propios titulares u obtenidos con su consentimiento"*. Básicamente en el único caso en que el consentimiento del titular no será requerido es cuando los datos que se obtengan para la confirmación de perfiles puedan ser obtenidos mediante base de datos y documentos accesibles al público.

El Decreto 1558/01 que reglamente la ley 25326 de Protección de Datos Personales establece que: *"Podrán recopilarse, tratarse y cederse datos con fines de publicidad sin consentimiento de su titular, cuando estén destinados a la formación de perfiles determinados, que categoricen preferencias y comportamientos similares de las personas, siempre que los titulares de los datos sólo se identifiquen por su pertenencia a tales grupos*

genéricos, con más los datos individuales estrictamente necesarios para formular la oferta a los destinatarios".-

Ante ello la interpretación que ha hecho la jurisprudencia es que lo que la norma autoriza es la cesión de los datos en cuestión para "la formación de perfiles determinados" que luego resulten útiles para promocionar bienes y servicios. A pesar de la ambivalente frase final de la norma, ello no autoriza a que se transfieran datos sin consentimiento de sus titulares con fines de marketing directo, lo cual –por otra parte- violaría el principio de finalidad antes desarrollado.

Al respecto cabe recordar que en todos los supuestos de tratamiento de datos personales –aun aquellos para los que no se necesita consentimiento del titular de los mismos- es necesario respetar el principio de finalidad para que el tratamiento de los datos sea lícito. La LPDP dispone expresamente que *"Los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención"*⁴⁰. La doctrina ha expresado al respecto que *"la legitimidad del fin para*

40 LPDP, art. 4, inc. 3. En concordancia con este principio, el art 11 de la LPDP establece que los datos sólo pueden ser cedidos "para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con los intereses legítimos del cedente y cesionario".

el cual el responsable de la base de datos los ha obtenido, es lo que otorga justificación al uso de datos personales de terceros y establece un límite a su utilización".⁴¹ El fallo bajo análisis trata este principio -con relación a los datos de los actores- al referirse a "la información que arroja el usuario en la red cuando ingresa a distintas páginas web y que después será utilizada con una finalidad distinta de la que previó cuando la brindó"⁴².-

El principio de finalidad impide que los datos sean utilizados indiscriminadamente, incluso cuando hayan sido lícitamente recolectados, toda vez que cuando sean utilizados con un propósito diferente, se necesitará un nuevo consentimiento de su titular.

41 CNCom., Sala D, autos "Salvador, Claudio c/ Citibank N.A.", fallo del 22/11/05 (del dictamen de la fiscal de Cámara, que cita la siguiente doctrina: Gozañi, Osvaldo A., "Hábeas data, protección de datos personales", Rubinzal-Culzoni Editores, p. 55; Grimalt Servera, Pedro, "La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales", 1999, Ed. Comares, p. 193; Murillo, Pablo L., "El Derecho a la autodeterminación informativa", 1990, Ed. Tecnos, p. 142; Álvarez y Cienfuegos Suárez, José M., "La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática", 1999, Ed. Aranzadi, p. 31; Carranza Torres, Luis R., "Hábeas data, la protección jurídica de los datos personales", 2001, ps. 61 y 62; Gils Carbó, Alejandra M., "Régimen legal de las bases de datos y hábeas data", 2001, Ed. La Ley, ps. 73 y 74)

42 "Tanús Gustavo Daniel y otro c/ Cosa Carlos Alberto y otro s/ habeas data (art. 43 c.n.)" - Expte. n° 1.791/2003 - Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3 de la Capital Federal - Secretaría N° 6 - 07/04/2006

CONCLUSIÓN

En nuestra legislación, contamos con la Ley de Protección de Datos Personales, la cual en el año 2000 colocó a Argentina en la cima de Latinoamérica respecto de la privacidad de datos.

Hoy, con el mundo globalizado, con el avance de la tecnología, las comunicaciones y las fronteras difusas, dicha normativa ha quedado por detrás, no refleja la realidad del derecho viviente ni da respuestas concretas a este mundo real. Es por tal motivo que resulta imperioso encontrar una solución al avasallamiento que están sufriendo los particulares en general sobre su derecho a la intimidad y privacidad, necesitando una protección efectiva de sus datos personales.

La propuesta de cambio normativo, deberá contemplar el consentimiento de otorgar de forma expresa, con términos y condiciones claros; la autodeterminación informativa que cada una de las empresas que se dedican al marketing tecnológico deberán respetar a través de procedimientos sencillos y de fácil acceso para las personas, poniendo en conocimiento a los usuarios que proporcionaron sus datos los que tienen

en su poder, operando de esta forma, el principio de finalidad como una garantía protectoria, ya que si los datos obtenidos para un fin se pretenden utilizar para otro deberá ello ser informado a los causantes.

El tratamiento de los datos personales debe estar pensado para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación a su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, debiendo respetarse las libertades y derechos fundamentales.

Otra circunstancia importancia a establecer en una futura normativa es la autodeterminación informativa que cada una de las empresas que se dedican al marketing tecnológico deberán respetar a través de procedimientos sencillos y de fácil acceso para las personas, poniendo en conocimiento a los usuarios que proporcionaron sus datos los que tienen en su poder, operando de esta forma, el principio de finalidad como una garantía protectoria, ya que si los datos obtenidos para un fin se pretenden utilizar para otro deberá ello ser informado a los causantes. Las políticas de las empresas al recabar el consentimiento deberán estar adecuadas al principio de “privacy by default” y/o “privacy by design”.

La protección de los datos personales configura una impronta real y jurídica, atendiendo a diversas manifestaciones que deben ser tenidas en cuenta a fin de no ver frustradas su tutela y el lugar que ocupa entre los derechos humanos.

Deberán establecerse políticas de privacidad abiertas, claras y concretas, en donde se incluya la educación de los ciudadanos sobre datos personales, como protegerlos y las consecuencias de su cesión.

Finalmente debería esperarse que las empresas dedicadas al marketing tecnológico asuman una responsabilidad proactiva, donde se eduque y forme parte de su política el establecimiento de términos y condiciones entendibles para los usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

- Abrutin, Ariel Videoclase “Big Data. Privacy by design y Privacy by default. Autorregulación de las empresas. Internet de las cosas y PDP” recuperable de <https://virtual.flacso.org.ar/mod/book/view.php?id=1191671&chapterid=1436361>
- Bastera, Marcela I., Datos sensibles ¿Es la publicación del dato de afiliación política un dato sensible en los términos

de la ley 25.326?, laleyonline 0003/012953.

- Basterra, Marcela I., El consentimiento del afectado en el proceso de tratamiento de datos personales, laleyonline 0003/010499

- Basterra Marcela I. "Protección de datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales."

- Gozáni, Osvaldo Alfredo *Hábeas Data. Protección de datos personales, Ley 25.326 y reglamentación (decreto 1558/2001)*, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 150 y sgtes

- Granero Horacio R. (2020) *Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*. Editorial Albrematica S.A.

- Halabi, Ernesto (2010) "El derecho a la intimidad y su protección internacional". Extraído del I Congreso Sudamericano de Derecho - 18 de Marzo de 2010. Disponible en: http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00275178149

- Rigaux, François, "La protection de la vie privée..." p. 597, citado por PEYRANO,

Guillermo F. (2002), *Régimen Legal de los Datos Personales y Hábeas Data. Comentario a la ley 25.326 y a la reglamentación aprobada por Dec. 1558/2001*, Lexis Nexis, Depalma, Buenos Aires , p. 250

Normativa

- Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Convenio 108: Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Council of Europe. Strasbourg, 28.I.1981. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680078b37>

- Ley 25326

Fallos

- Salvador, Claudio c/ Citibank N.A., fallo del 22/11/05

- Tanús Gustavo Daniel y otro c/ Cosa Carlos Alberto y otro s/ habeas data (art. 43 c.n.)" - Expte. n° 1.791/2003 - Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3 de la Capital Federal - Secretaría N° 6 - 07/04/2006