



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

**PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA PROTECCIÓN Y EL TRATAMIENTO DE
LOS DATOS PERSONALES Y CREA LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS
PERSONALES: ANÁLISIS RESPECTO AL USO DE SISTEMAS AUTOMATIZADOS**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR: DIEGO GREIBER BARAONA

PROFESOR GUÍA: CLAUDIO MAGLIONA MARKOVICHT

Santiago de Chile

Septiembre 2023

| | |
|---|----|
| ÍNDICE | |
| RESUMEN | 3 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPÍTULO PRIMERO: LOS SISTEMAS AUTOMATIZADOS | 11 |
| 1.1. ¿QUÉ SON LOS SISTEMAS AUTOMATIZADOS? | 11 |
| 1.1.1. LOS ALGORITMOS..... | 14 |
| 1.1.2. <i>DATA MINING</i> | 16 |
| 1.1.3. EL <i>BIG DATA</i> | 17 |
| 1.1.4. APRENDIZAJE AUTOMÁTICO O <i>MACHINE LEARNING</i> | 17 |
| 1.1.5. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CON DECISIÓN Y SUS TIPOS? | 18 |
| 1.2. ELABORACIÓN DE PERFILES | 20 |
| 1.2.1 RELACIÓN CON LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS | 22 |
| 1.3. LOS DATOS PERSONALES..... | 23 |
| 1.3.1. DERECHOS QUE SURGEN A PARTIR DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES | 27 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL. SOBRE EL REGLAMENTO GENERAL DE DATOS PERSONALES (RGPD) | 28 |
| 2.1. ORIGEN HISTÓRICO. | 28 |
| 2.2. ASPECTOS GENERALES DEL REGLAMENTO (RGPD): | 35 |
| 2.3. ARTÍCULO 22 - DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS, INCLUIDA LA ELABORACIÓN DE PERFILES: | 39 |
| 2.3.1. ELEMENTOS GENERALES DEL ARTÍCULO 22:..... | 41 |
| 2.3.2. LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 22..... | 46 |
| 2.4. GARANTÍAS GENERALES Y ESPECÍFICAS | 53 |
| 2.4.1. GARANTÍAS GENERALES | 55 |
| 2.4.2. GARANTÍAS ESPECÍFICAS..... | 64 |
| 2.4.3. TRATAMIENTO DE DATOS Y ELABORACIÓN DE PERFILES DE NIÑOS Y NIÑAS | 71 |

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO TERCERO: NUEVO PROYECTO DE LEY CHILENO QUE REGULA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y CREA LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES | 73 |
| 3.1. SISTEMAS AUTOMATIZADOS EN EL NUEVO PROYECTO DE LEY | 77 |
| 3.1.1. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 8 BIS | 77 |
| 3.1.2. ARTÍCULO 8 BIS- PROYECTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL 8 DE MAYO DEL 2023 | 82 |
| 3.2. COMPARACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 8 BIS DEL PROYECTO DE LEY CHILENO Y EL ARTÍCULO 22 DEL REGLAMENTO GENERAL DE DATOS PERSONALES..... | 89 |
| 3.2.1 EXPECTATIVA INTERNACIONAL Y RECOMENDACIONES..... | 93 |
| BIBLIOGRAFÍA | 99 |

ÍNDICE DE TABLA

| | |
|--|----|
| Tabla 1: Derechos frente a las decisiones automatizadas | 55 |
|--|----|

RESUMEN

El presente ensayo tiene por objetivo exponer al lector lo delicado y complejo que puede llegar a ser regular una materia tan importante y que constantemente está recibiendo cambios como es la protección de datos personales frente a los sistemas automatizados. Se realizará una mirada general de lo que conlleva el trato de datos personales para luego enfocarse plenamente en lo que hoy en día se denominan “sistemas de decisiones automatizadas” (*Automated Decision Making* o más conocido como “ADM”). Esto, para que una vez que se tenga una comprensión general del tema, poder enfocarnos y cuestionar la disposición que se señala en el nuevo proyecto de ley chileno, “Proyecto de Ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales” (Boletines 11.144-07 y 11.092-07, refundidos), en detalle en su artículo 8 respecto a los sistemas automatizados.

Por ello, uno de los objetivos específicos de este trabajo será realizar una revisión histórica del surgimiento de esta tecnología, su regulación a través de los años y el impacto que ha tenido en nuestra sociedad. De la mano con esto, se pondrá foco en la consagración internacional que tiene al día de hoy en el Reglamento General de Protección de Datos Personales Europeo (más conocido como “RGPD”) que entró en vigor en mayo del año 2016 pero que empezó recién a tener efectos en 2018, 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. En especial mención en su artículo 22¹ y los principios que se enmarcan en

¹ Art 22º: 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. 2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado. 3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión. 4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.

las distintas disposiciones. Con esto, no solamente se buscará tener una comprensión respecto al espectro normativo que tiene actualmente, sino enfatizar en lo importante que es seguir regulando este tipo de tecnologías debido a los nuevos derechos y garantías que van surgiendo con ella. Por lo mismo, otro objetivo específico será profundizar en la responsabilidad algorítmica que ha llegado a afectar a los particulares.

Palabras claves: Protección de Datos Personales; Sistemas automatizados de datos; Decisiones automatizadas.

INTRODUCCIÓN

Para muchas personas la tecnología moderna es un área totalmente ajena y sumamente complicada y creen que no solo es inalcanzable e incomprensible, sino que tampoco serán capaces de hacer uso de ella. Sin embargo, la realidad muestra que prácticamente toda la población mundial hace uso de la tecnología moderna, con mayor o menor intensidad y somos poco conscientes de que constantemente, quizás incluso sin saberlo, estamos interactuando con ella a través de diferentes medios. Existen autores que definen “tecnología” de distintas maneras, pero como referencia podemos tomar aquella que señala la Real Academia Española, que consta de un “Conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico”. A primera vista, nos podría sorprender que no incluye palabras como “máquinas”, “herramientas”, “digital”, etc, sin embargo, hay que recalcar que aquellas palabras han sido relacionadas con este concepto en los últimos siglos y no desde su origen.

A mayor abundamiento, el origen del concepto *tecnología* podemos encontrarlo en la antigua Grecia, señalando que proviene de la palabra “*techne*”, que significa “arte”, y ya en ese entonces se discutía que la única forma de aprender una *techne* era a través de la práctica y de la experiencia². Desde el punto de vista actual, no es erróneo que la práctica y la experiencia han sido los motores claves que han impulsado los avances tecnológicos que presenciamos día a día, dándole la razón a los antiguos pensadores.

Otro concepto que no puede dejarse de lado cuando hablamos de tecnología, es la globalización tecnológica. Cuando hablamos de esto nos referimos como aquel fenómeno basado en el aumento constante y continuo del desarrollo de la tecnología a nivel mundial. A raíz de esto, creamos un mundo más conectado y fluido y que ayuda a que distintas áreas, tales como la cultura, la economía y el comercio, la política entre otras, se desarrollen de una manera más rápida y eficaz. De hecho, hoy en día es imposible pensar en un mundo no conectado globalmente a través de la tecnología, es

² A.FERRO, Ricardo. *¿Qué es qué en tecnología?* En: Ediciones Granica , 1996, pp 13.

más, un país, comunidad, grupo de personas o simplemente la persona que no lo esté, simplemente quedará en el ostracismo, o sea, fuera del sistema.

A modo de contexto, y así tener una mejor comprensión del estado actual de la tecnología, podemos identificar distintos hitos que han generado cambios casi inimaginables hasta el día de hoy. Como primera etapa podemos marcar la revolución neolítica del año 10.000 a.C aproximadamente, en este período se descubrieron las primeras prácticas de agricultura, produciendo cambios en varios aspectos de la vida en ese entonces, siendo el más grande abandonando el estilo de vida nómada.

Posteriormente, otra revolución que caracteriza las distintas etapas que ha tenido la tecnología es la Revolución Industrial en los años 1780-1840. Con esta revolución se generaron importantes innovaciones que marcaron un punto de base para las diversas actividades que se fueron desarrollando, como por ejemplo, se pasó de una economía rural tradicional a una economía urbana industrializada focalizada en las fábricas. De la mano con esta revolución, se identificó la Segunda Revolución Industrial (1870-1914), teniendo como eje principal innovaciones en la industria y maquinaria. En esta etapa podemos ya visualizar los primeros puntos de globalización en el mundo, marcados por la expansión del mercado. Por último, podemos identificar la última revolución, denominada como la Revolución Digital (1985-2000), principalmente caracterizada por la rapidez de los cambios tecnológicos, su desarrollo en áreas de computadores y redes informáticas³. Acá la globalización llegó para quedarse, produciendo un mundo conectado en distintas áreas. Se discute que hoy día estamos siendo testigos de una revolución sin precedentes, siendo los programas artificiales los protagonistas.

Para efectos de este trabajo, cuando mencionemos la palabra tecnología hacemos referencia a aquella *técnica* que tiene relación con el mundo digital y artificial, siendo la protagonista en los últimos años y que sin duda alguna lo seguirá siendo. Esto cobra

³ EQUIPO EDITORIAL, ETECÉ, 2023. *Historia de la tecnología: cómo fue, etapas y características*. Enciclopedia Humanidades [en línea]. Disponible en: <https://humanidades.com/historia-de-la-tecnologia/>

relevancia dado que el arte de la tecnología engloba una serie de matices y conceptos que al momento de analizarlos puede generar confusión por la cantidad de significados y procedimientos que trae consigo. Es por eso mismo, que para tener un análisis más detallado y satisfactorio, nos centraremos en una área específica siendo esta la digital y artificial.

De la mano con lo recién mencionado, siempre, desde que a lo largo de la historia se han generado avances tecnológicos, se han generado consecuencias de distinto tipo, es decir, nuevos conceptos, nuevas complejidades, nuevos desafíos regulatorios, nuevos ajustes sociales y económicos. Desde el punto de vista de los beneficios, hace 10 años hubiese sido impensable creer que un 60% de la población mundial tendría acceso a la red internet, que 3 billones de personas poseerían un *smartphone* (teléfono inteligente), o que aproximadamente más de 2.14 billones de personas hayan realizado por lo menos una compra por internet durante el año 2021⁴. Por lo mismo, es el acceso a internet el que ha sido la piedra angular de todas estas innovaciones, haciendo posible muchas cosas como es la disponibilidad de información en tiempo real casi inmediato, la facilitación del aprendizaje, el emprendimiento de todo tipo, la democratización del conocimiento, el acceso a oportunidades infinitas, la ruptura de barreras de distancia, la simplificación de distintas tareas como lo es un mercado global y eficaz, etc.

Ahora bien, la otra cara de la moneda es que los avances tecnológicos también han traído importantes desventajas y efectos colaterales no deseados que en algún momento podrían llegar a traer grandes consecuencias, algunas de las cuales ya las estamos viendo. En efecto, la pandemia por el Covid-19 generó un escenario perfecto para que muchas personas se hicieran dependientes, incluso más allá de lo deseable de las tecnologías en especial de la internet. Es más, según un informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (SUBTEL) en marzo del año 2021 hubo un importante crecimiento en materia de Internet móvil, mostrando que la penetración total (3G+4G)

⁴ SANTANDER OPEN ACADEMY: *¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la tecnología actual?* [en línea], 2023. Disponible en: <https://www.becas-santander.com/es/blog/ventajas-y-desventajas-de-la-tecnologia.html>.

pasó de 96,2 accesos por cada 100 habitantes en septiembre de 2019 a 101,4 accesos por cada 100 habitantes al tercer trimestre de 2020, generando un crecimiento en el periodo de 7,2%⁵.

Con estos datos podríamos suponer distintas cosas, pero es evidente que el aumento de internet móvil se relaciona con el uso variado de aplicaciones móviles por las distintas personas, ya sea de entretenimiento como lo es Netflix, Facebook, Instagram, Tik Tok, entre muchas otras. De la mano con lo recién mencionado, según un informe móvil realizado en España, existe una dependencia por parte de los adolescentes al internet y móvil de alrededor de 7,6 millones que se consideran “adictos”, y que incluso 3.7 millones no pueden pasar más de 1 hora sin revisar el teléfono⁶.

Estos datos generan un grado importante de preocupación, puesto que, si bien la internet puede ser un lugar seguro para poder nutrirse de una cantidad de información prácticamente ilimitada con tan solo dos *click* o *touch*, se desconoce mucho de lo poco confiable que puede llegar a ser. Es aquí donde desgraciadamente se abre el espacio para que cobren protagonismo las famosas *fake news* (noticias falsas). Según una publicación realizada por la Universidad de Chile, estas “son informaciones ficticias difundidas bajo el disfraz de hecho noticioso para generar la percepción de realidad en la población. Son diseñadas intencionalmente con este fin para confundir, engañar y manipular, y muchas veces involucran también la intervención digital de imágenes, videos, sitios web, cuentas personas y medios de comunicación.”⁷

Ahora bien, es incorrecto denominar aquella práctica como *fake news* dado que para que algo se considere como noticia esta debe ser verdadera, entonces es así como lo

⁵ SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES (SUBTEL). *Conexiones móviles alcanzan los 19,8 millones e internet fijo crece cerca del 8% a septiembre de 2020*. [en línea] 2021. Disponible en: [Conexiones móviles alcanzan los 19,8 millones e internet fijo crece cerca del 8% a septiembre de 2020 | Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile](#)

⁶ INSTITUTO EUROPEO DE SALUD Y BIENESTAR SOCIAL: *Adicción a los móviles: ¿Es la nomofobia algo real?* [en línea] Disponible en: <https://institutoeuropeo.es/articulos/adiccion-a-los-moviles-es-la-nomofobia-algo-real/>

⁷ ALIAGA, Carolina. *Fake News: el peligro de las noticias falsas y su impacto en la ciudadanía*. Universidad de Chile. 2022. [en línea] Disponible en: <https://uchile.cl/noticias/188632/fake-news-el-peligro-de-la-desinformacion-y-su-impacto>

denominaremos aquel hecho como “desinformación”. Es relevante recalcar este tipo de problemas actuales, puesto que más adelante nos ayudará a entender el por qué puede ocurrir que nuevas tecnologías que se basan en el contenido que entrega la internet, fallan en ciertas ocasiones generando un efecto contrario a su motivo de invención. Además de lo anterior, internet ha traído consigo los riesgos de hackers y el surgimiento de nuevas formas delictuales desconocidas por nuestra legislación.

La idea respecto al crecimiento del fenómeno de la internet ya se venía produciendo desde hace ya varios años, por lo que no es noticia nueva la dependencia que existe tanto a nivel nacional como global. Por lo mismo, hoy en día la tendencia y el nuevo enfoque recae en nuevas tecnologías como lo es la inteligencia artificial (IA), cadena de bloques (*blockchain*), datos masivos (*Big Data*) vehículos voladores no tripulados (drones), realidad aumentada y virtual (VR), etc. Gran parte de todas estas nuevas tecnologías apuntan prácticamente a una revolución digital, en donde la participación propia del ser humano pasa a ser marginada para que todo el trabajo lo haga la máquina/programa/aplicación por sí sola.

De la mano con lo recién señalado, la falta de participación de un ser humano podría incurrir en que se generen situaciones desfavorables atentando importantes bienes jurídicos, como lo son; la privacidad, la honra, la seguridad e inclusive la libertad. Por lo mismo, se hace sumamente relevante que el Derecho tome riendas respecto del asunto y tratar de anticiparse en la regulación de estas materias para que las posibles vulneraciones de derechos no se concreten y exista una verdadera protección a los datos personales. Es así, como uno de los objetivos generales de este trabajo estará enfocado en el tratamiento de datos personales por parte de estas nuevas tecnologías, especializado en el tratamiento automatizado.

Para facilitar la comprensión del lector en este trabajo, el primer capítulo ayudará a definir ciertos conceptos y procesos relevantes a saber, por ejemplo. ¿Qué son los sistemas automatizados? ¿Qué tipos existen? ¿Qué son los datos personales? ¿Dónde se encuentran regulados? ¿A qué se refiere con “tratamiento” de datos? ¿Qué garantías tienen los particulares? Etc. Con esto el lector podrá tener un manejo más claro respecto

a conceptos que simplemente un *lego* no debe ni debería por qué manejar a la perfección.

Luego, el capítulo segundo tendrá su foco en contextualizar la consagración internacional de este arte y la historia de su regulación, poniendo énfasis en importantes regulaciones internacionales como lo es el Convenio 108º del Consejo de Europa de 1981, Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 1995, Resolución de Madrid 2009, Reglamento general de Protección de Datos 2018 (en adelante “RGPD” o el “Reglamento”).

Al tener una mayor comprensión en los primeros capítulos, el tercero buscará realizar un análisis crítico del “Proyecto de Ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales” (en adelante el “Proyecto de Ley”), con el objetivo de plantear que el proyecto al omitir la palabra “únicamente”, en el artículo que dispone sobre los sistemas automatizados genera una norma sumamente amplia y garantista.

Si bien es prematuro para el lector comprender nuestra hipótesis sin antes haber realizado la tarea de entender los distintos conceptos, la regulación internacional, el proyecto de ley propiamente tal y muchas cosas más, creemos que es importante desde ya entregar nuestra postura e intención de este trabajo. Por ende, nuestra hipótesis es la siguiente: que el proyecto de ley chileno, al omitir la palabra “únicamente”, genera una disposición sumamente amplia y garantista dejando de lado importantes elementos y consideraciones fácticas relevantes al momento de regular este tipo de materia.

CAPÍTULO PRIMERO: LOS SISTEMAS AUTOMATIZADOS

1.1. ¿QUÉ SON LOS SISTEMAS AUTOMATIZADOS?

Durante septiembre de este año (2023) participaron de una sesión a puertas cerradas en el Senado de Estados Unidos ni más ni menos que Elon Musk (dueño *TESLA* y “X”), Mark Zuckerberg (dueño de *META*), Bill Gates (fundador de *Microsoft*) y otros relevantes actores del mundo digital y moderno. ¿La razón? Muy simple. Discutir respecto a la necesidad de regular la inteligencia artificial.

La coordinación de esta reunión estuvo a manos del Senador Schumer, principalmente por la discusión que ha generado un nuevo proyecto de ley estadounidense que regule la IA. El Senador señaló en ese entonces, dos importantes puntos, “Hoy comenzamos un cometido enorme, complejo y fundamental: crear una base para una política sobre inteligencia artificial que cuente con el respaldo de los dos partidos (el Demócrata y el Republicano) y que el Congreso pueda aprobar (...)”, posteriormente expresó, “Si se va demasiado rápido, se puede perjudicar a las cosas. La Unión Europea ha ido demasiado rápido”⁸, con esto se refería a la aprobación del Reglamento General de Datos Personales aprobado por la Unión Europea el 2016.

La necesidad de reunir en una misma sala a tres grandes referentes no solo del sector tecnológico sino del mundo en general, con el solo propósito de plantear la urgencia de regular una materia en particular, es una señal clara y contundente de que sin exageración alguna, el futuro de la humanidad podría estar en riesgo. Si bien puede sonar poco real o ciencia ficción, nos podríamos llegar a sorprender de la cantidad de cambios que han existido en el último tiempo, siendo estos tanto progresivos como veloces. No es poco común que en muchas actividades o trabajos que antes eran

⁸ EL PAÍS, Inteligencia Artificial: *La realeza tecnológica de EE UU al completo acude a Congreso para tratar la regulación de la inteligencia artificial*. [en línea] Disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2023-09-14/la-realeza-tecnologica-de-ee-uu-al-completo-acude-al-congreso-para-tratar-la-regulacion-de-la-inteligencia-artificial.html?outputType=amp>

realizados por un ser humano ahora son reemplazadas por una máquina, que las realiza en forma más rápida, eficiente y a menor costo.

Volviendo al punto específico de este capítulo, no podemos hablar derechamente de lo que son los sistemas automatizados sin antes definir qué es la inteligencia artificial (en adelante IA), puesto que si bien son tecnologías muy similares, no son lo mismo.

Según la página oficial del Parlamento Europeo, la IA es “la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear (...) Los sistemas de IA son capaces de adoptar su comportamiento en cierta medida, analizar los efectos de acciones previas y de trabajar de manera autónoma”⁹.

Como era de esperarse, la IA engloba una serie de técnicas más amplias y que en ciertas ocasiones pueden entregar soluciones a tareas que los *automated decision making* (en adelante ADM) no pueden. Por lo mismo, no necesariamente un ADM está basado en una IA, dado que estos sistemas utilizan técnicas más simples. Es así como haciendo esta distinción, señalamos desde ya que en este trabajo nos enfocaremos en los ADM de manera específica y no en la IA. Sin perjuicio, por razones lógicas, habrá momentos en donde para señalar ciertos casos, ejemplos, definiciones, entre otras, necesitaremos volver a mencionar a la IA como tal, siendo esta en otras palabras, el género y los ADM la especie.

Una idea general que se podría entender de los sistemas automatizados es que, “son conjuntos de dispositivos, software y procesos diseñados para realizar tareas o funciones específicas de manera automática, sin la intervención humana directa. Estos sistemas pueden incluir sensores, actuadores y algoritmos que permiten la toma de

⁹ NOTICIAS PARLAMENTO EUROPEO: ¿Qué es la Inteligencia Artificial y cómo se usa? [en línea] Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>

decisiones y la ejecución de acciones predefinidas. Su objetivo es aumentar la eficiencia, precisión y velocidad en la realización de tareas, así como reducir el error humano”.

A modo de ejemplo, quisimos utilizar uno de los muchos tipos de IA que existen para que sea este mismo el que nos definiera el concepto. Esto con el fin de demostrarle al lector, que prácticamente no podríamos darnos cuenta de cuándo estamos frente a una de estas tecnologías. En este caso utilizamos el famoso programa *Chat gtp* puesto que durante el último tiempo ha sido popularizado y utilizado por muchas personas, sin perjuicio que a su vez es ha sido controversial por temas de plagio, derechos del autor, etc, demostrando que no todas las veces podemos confiar plenamente en estas máquinas (cuestión que se verá adelante).

No obstante, creemos que la definición entregada anteriormente es deficiente porque no contiene ciertos elementos importantes a considerar. Es por eso que una mejor definición de sistemas automatizados es que: “se trataría así de un proceso de base tecnológica que incluye un modelo de decisión, un algoritmo que permite la aplicación del modelo, unos datos usados por el algoritmo para aprender de los mismos o para analizarlos y un contexto político, jurídico y económico¹⁰”.

En aquella definición, podemos encontrar distintos elementos que cobran relevancia para entender de mejor manera lo que son estos tipos de sistemas. Basta agregar que en este capítulo, no nos centraremos en analizar la normativa regulatoria de los sistemas automatizados, si no que solamente nos enfocaremos en obtener una visión panorámica a lo que conllevan estos sistemas y sus distintas aristas. Esto para entregarle una mayor facilitación al lector y para que así pueda ir de la mano con el desarrollo de este proyecto, a continuación, nos detendremos en cada uno de los elementos en que se basa un sistema automatizado.

¹⁰ ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp. 19.

1.1.1. LOS ALGORITMOS

El primero de ellos son los algoritmos. Según la Real Academia Española en su versión 2022, define algoritmo como un “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”. Creemos que queda al debe esta definición y que entrega una definición demasiado simple que no nos ayuda a tener una real comprensión de lo que son y hacen. Además, podríamos agregar que esta definición es excesivamente amplia en el sentido de que no especifica exactamente qué tipo de operación realiza, siendo una cuestión clave para la comprensión del concepto.

Es por eso mismo que por algoritmo, debemos entenderlo como la secuencia finita de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que permiten obtener un resultado a partir de la entrada inicial de información. Esta secuencia puede formar parte de un proceso de ejecución automatizado y basarse en modelos diseñados mediante un aprendizaje automático¹¹. Es decir, de esta forma el algoritmo al recibir la entrada de un determinado *input*, este seguirá según la forma en la que se encuentre configurado una serie de pautas previamente establecidas y emitirá un resultado¹².

En palabras más simples, y para que quede claro desde un inicio, el algoritmo es un conjunto de pasos específicos que tiene como fin cumplir una tarea determinada. Cabe resaltar que aquellos pasos se pueden llevar a cabo siempre y cuando existan datos para “procesar”. Para sumarle un poco de complejidad al asunto, se señaló anteriormente que, “(...) esta secuencia puede formar parte de un proceso de ejecución automatizado y basarse en modelos diseñados mediante aprendizaje automático”, es decir, puede ocurrir que este proceso de pasos al momento de cumplir una tarea, no siempre exista un modelo preconfigurado, sino que es el mismo sistema el que va a determinar a través de un aprendizaje automático la mejor forma o modelo a seguir para llevar a cabo determinada actividad. Para un mayor entendimiento, dejaremos esto

¹¹ COUNCIL OF EUROPE. *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*. Febrero 2019. pp 69. Disponible en <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

¹² PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*. Editorial DYKINSON. 2022, pp. 37.

último para cuando entremos derechamente al aprendizaje automático en los sistemas de decisiones, dado que se necesita un poco más de contexto para llegar a entenderlo de mejor manera.

Entonces, ahora que tenemos una idea clara de lo que son y cómo funcionan los algoritmos, podemos entrar en su función y relación con los sistemas automatizados.

En la definición de sistemas automatizados anteriormente utilizada en un inicio (página anterior), se señalaba que es un “proceso de base tecnológica”, pues cuando hablamos de este proceso nos referimos a los algoritmos como principales actores. Dado que ante la entrada o recibo de un determinado dato, el algoritmo cumple la función de procesar este dato y en base las reglas que tiene pre configurado desde antes, adoptará una decisión¹³.

Es importante establecer desde ya, que estos sistemas tienen como objetivo realizar un tratamiento de datos personales, siendo esto, “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”¹⁴. Es decir, a través de este tratamiento, hay una serie de procesos que se realizan y con ello distintos protagonistas que cumplen un rol específico.

Cabe agregar que el uso de algoritmos y distintos programas informáticos utilizados en la toma de decisiones automatizadas, ha aumentado progresivamente durante los

¹³ ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp. 19.

¹⁴ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

últimos años tanto por organizaciones públicas y privadas. Es por eso mismo, que de la mano con este progreso han ido surgiendo nuevos tipos de algoritmos aún más desarrollados que el anterior. Es así como la elección de uno u otro dependerá en su esencia del problema que se buscará resolver y/o el objetivo específico del cual el usuario quiera obtener una decisión. Por lo mismo, entran en juego una serie de requisitos o suministros necesarios para que un algoritmo pueda realizar dicha tarea.

1.1.2. DATA MINING

Otro elemento clave es el denominado *data mining* o minería de datos. Cuando hablamos de *data mining* nos referimos al “conjunto de procesos de forma más o menos pautada que tiene como objetivo principal extraer información desconocida y potencialmente útil presente en un conjunto de datos a través de algoritmos.”¹⁵ Si bien es cierto que durante la historia de la humanidad siempre hemos analizado datos ya sea de manera más o menos tecnológica, la disponibilidad de información y las distintas herramientas informáticas ha generado que se produzca un análisis de datos especializado siendo esta el *data mining*. Por lo mismo, no podemos dejar de lado el *data mining* al momento de hablar de IA y los sistemas automatizados, pues es gracias a esta nueva técnica innovadora que llega a reemplazar los antiguos métodos estadísticos en el análisis de datos.

En el inicio de este trabajo se recalcó la idea de que hoy en día la magnitud del internet y con ello la cantidad de información y datos que se pueden llegar a encontrar en el mundo es casi ilimitada. Por lo mismo, técnicas como el *data mining* cobran una relevancia enorme al momento de querer obtener respuestas a través de estos grandes volúmenes de datos. Si somos honestos, la capacidad humana no está ni cerca de poder realizar el análisis de datos que hoy en día las distintas organizaciones requieren, es por

¹⁵ PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*. Editorial DYKINSON. 2022, pp. 39.

eso mismo que cobra gran relevancia entender cómo es que funcionan estos sistemas y así su debida regulación.

Con un mejor entendimiento de cómo es que funcionan estas técnicas de análisis de datos, que por regla general los protagonistas de estos procesos son los algoritmos, es importante entender qué es lo que se busca con estos análisis que tanto hemos señalado. Si bien dependerá de cada usuario que utiliza estas técnicas especializadas, existen distintos objetivos como lo sería descubrir patrones, perfiles y tendencias, entre otras¹⁶.

1.1.3. EL *BIG DATA*

Otro elemento importante que no puede quedar afuera de este trabajo es lo denominado como *big data* o “datos masivos” en español. “El término *Big Data* suele aplicarse a la información que no puede ser procesada o analizada usando proceso o herramientas tradicionales”¹⁷. A raíz de esto nacen los distintos programas que buscan poder suplir aquel valor agregado que buscan las empresas en este inmenso mar de datos que existen. Por lo mismo, sigue siendo un desafío para las empresas de hoy en día, puesto que todas buscan obtener el máximo provecho posible, produciendo prácticamente una carrera entre los distintos sectores comerciales. Al mismo tiempo, ocurre que las grandes empresas persiguen a través del *Big Data*, complementar el manejo de grandes volúmenes de datos con nuevas técnicas de análisis de información, generando que cada vez haya más innovaciones en estos temas.

1.1.4. APRENDIZAJE AUTOMÁTICO O *MACHINE LEARNING*

Si bien anteriormente ya se introdujo el concepto de aprendizaje automático o más conocido en inglés como *machine learning*, no entramos en la profundidad necesaria

¹⁶ PÉREZ, Cesar y SANTIN, Daniel. *Minería de Datos: Técnicas y Herramientas*. Editorial Paraninfo. 2007, pp 1.

¹⁷ PÉREZ, María. *BIG DATA: Técnicas, Herramientas y aplicaciones*. Editorial Alfaomega. 2015, pp 4.

para llegar a comprenderlo propiamente tal. Es importante tener en cuenta lo que es el *machine learning*, porque es en esta etapa donde se puede apreciar lo sorprendente que son las nuevas tecnologías y a su vez lo relevante de su regulación.

Como bien dice su nombre, por *machine learning* nos referimos a las técnicas que tienen como objetivo aprender de un conjunto de datos existentes¹⁸. Es así como a través de este proceso de aprendizaje, los algoritmos son capaces de procesar una cantidad de datos enorme (*mining data*) y con ello ofrecer resultados basados en aquellos datos, otorgando al sistema que se está utilizando la capacidad de aprender sin haber sido preconfigurado previamente. Ahora bien, recordar que si bien existe una libertad por parte de la máquina de poder “aprender” modelos y resultados a través del aprendizaje automático, dependerá de los datos disponibles y la tarea que quiera abordar el usuario. Es así como podemos identificar los distintos tipos de *machine learning* que existen hasta ahora, siendo estos; aprendizaje supervisado, aprendizaje no supervisado, aprendizaje semi supervisado y aprendizaje por refuerzo.

No hace falta entrar en detalles respecto a cada uno de los *machine learning* que existen hasta ahora, pues lo importante de este punto es llegar a entender con mejor claridad que existen sistemas automatizados que pueden tener un aprendizaje automático. Con esto, queda demostrado que los sistemas automatizados no necesariamente van a tener una preconfiguración predeterminada, si no que podrán aplicar el modelo que conforme a los datos recibidos le sirva más.

1.1.5. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CON DECISIÓN Y SUS TIPOS?

En los puntos anteriores de este trabajo, nos enfocamos en explicar cómo es que funcionan estos sistemas, los elementos necesarios y las distintas etapas que hay. Cabe recordar que este proceso se inicia con el sistema recibiendo un dato para luego

¹⁸ PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*. Editorial DYKINSON. 2022, pp. 40.

procesarlo a través de su algoritmo, generando una respuesta o salida, es decir, no se produce por obra de magia ni mucho menos sino que hay una explicación detrás.

No obstante, no hemos entrado en detalle con un aspecto fundamental al momento de hablar de estos sistemas, que prácticamente es lo que nos lleva a cuestionar y realizar este trabajo como tal, esto es la decisión automatizada o ADM como tal.

Antes de entrar en detalle con lo que calificamos como ADM, necesitamos ir un paso hacia atrás y definir primero lo que entendemos con “decisión”. Según la Real Academia Española, una decisión es, “Determinación, resolución que se toma o se da en una cosa dudosa.” Cuesta entonces creer que el programa informático toma una decisión como tal, sino que nos entrega una “salida”, una respuesta basada en el tratamiento de datos que hace y no una “decisión” a un problema (“cosa dudosa”) o una resolución.

En consecuencia, no es la respuesta del sistema lo que denominamos como decisión automatizada, pues solamente en caso de que el sistema se base en este resultado y con ello opte por tomar una decisión, ahí podemos denominarlo como una “decisión automatizada”¹⁹. Es importante señalar, que debe haber efectos sobre el particular que utilizaron sus datos, pues para que se considere como una ADM como tal, el sistema debe basarse por completo en la respuesta que da el algoritmo.

A diferencia de lo recién señalado, no siempre el sistema automatizado tiene la tarea de entregar un resultado y con este tomar una decisión, si no que puede ocurrir que el resultado y participación que entregue el sistema sea menor y que sea un humano el que tome la última decisión. Es decir, puede ocurrir que estemos frente a una situación en donde el sistema entrega una respuesta, pero no una decisión, puesto que el que va a decidir si basarse o no en aquella respuesta es un humano. En este último caso, estamos frente a una decisión parcialmente automatizada y no una ADM como tal.

¹⁹ Idem., pp 64.

Con este ejemplo se entiende rápidamente la diferencia entre los tipos de decisiones automatizadas: Una persona común y corriente visita un banco a través de la página de internet con la intención de obtener un préstamo. En la página introduce una serie de datos, como por ejemplo, el ingreso que tiene al mes, las deudas que tiene, qué tipo de trabajo ejerce, la cantidad de gente que depende de él, etc. Con esto, el algoritmo del banco va a procesar los datos y va a decidir si conceder o no el préstamo y con este la cantidad de interés en su caso. En este ejemplo estaríamos frente a una ADM como tal.

Ahora bien, puede ocurrir que no necesariamente el sistema sea el que tome la decisión final, utilizando el ejemplo anterior, cambiamos el supuesto que la página web del banco va sugerir rechazar la solicitud de préstamo, pero que la decisión final la va a tener un ejecutivo del banco. En este último caso estaríamos frente a una decisión parcialmente automatizada.

De la mano con el ejemplo anterior, puede ocurrir también que dentro de un tratamiento de datos (cuestión que se verá más adelante), exista la participación de un sistema automatizado, pero que el fin por el que se utilizó no tenga que ver con la cuestión de fondo, o con la decisión final como tal. Es decir, no entrega un resultado que va a tener incidencia en la decisión final del humano. Por ejemplo, se puede ocupar un sistema automatizado para traducir un idioma, en este caso en particular si bien se utilizó esta tecnología, no existe una relación de fondo con la cuestión final que se busca determinar. En estos casos, no se considera que exista una decisión automatizada por la falta de participación y relevancia de la respuesta de la máquina.

1.2. ELABORACIÓN DE PERFILES

Si bien hasta ahora hemos estado enfocados en las decisiones automatizadas y los distintos procesos y alternativas que nos brindan estos tipos de sistemas, no nos hemos detenido en lo que son los denominados “elaboraciones de perfiles”.

El RGPD en su artículo 4 nos entrega la siguiente definición de “elaboración de perfiles”, que sería “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”. A partir de la definición podemos señalar importantes aspectos respecto a lo que conlleva la elaboración de perfiles.

En primer lugar, podemos señalar que, como establece el “Grupo de Trabajo del Artículo 29” (en adelante “GT29” o “Grupo de Trabajo”), “la referencia a la palabra “evaluar” sugiere que la elaboración de perfiles implica siempre una evaluación, juicio o predicción respecto de la persona²⁰”. En otras palabras, no podríamos considerar como una elaboración de perfil el caso que se utilicen ciertos datos de la persona, como por ejemplo la edad o el sexo con el solo fin de realizar una simple clasificación. En consecuencia, debe haber una predicción o conclusión.

Amerita desde ya, señalar que el Grupo de Trabajo señalado anteriormente, se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata del órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada. Sus tareas se definen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 14 de la Directiva 97/66/CE²¹.

En segundo lugar, hace referencia a que se deben utilizar datos personales, con el fin de evaluar determinados aspectos íntimos de una persona natural. Es decir, estamos frente a un supuesto sumamente delicado, pues no dimensionamos que un sistema automatizado, que en muchas ocasiones puede funcionar de manera independiente bajo el *machine learning*, utilice los distintos datos de una persona, con el fin de generar una predicción en materias íntimas.

²⁰ GINNES, Ana. Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral. Editorial Aranzadi. 2023, pp capítulo 6.

²¹ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE*. Bruselas, Bélgica, 2002, pp. 1, Disponible en https://prodacyl.es/pr/wp-content/uploads/2016/04/wp56_es.pdf

Centrándonos en aspectos cada vez más específicos y detallados, podemos vincular este tipo de tecnologías en distintas materias personales como lo es la salud, preferencias personales, situación económica, etc. Un claro ejemplo, en donde puede verse lo delicado que puede significar la aplicación de esta tecnología, es en materia laboral.

Por ejemplo, una empresa u organización que tenga como base de contratación un sistema automatizado de datos, y con esto la elaboración de perfiles como tal, podría analizar los distintos *curriculum vitae* de las personas, incluyendo su experiencia laboral, su lenguaje, o inclusive su comportamiento durante la entrevista, con el objetivo de intentar predecir si califica o no como una persona organizada, trabajadora o si tiene las capacidades o no de trabajar en equipo, etc²².

Cuando nos adentramos al análisis normativo de cada proceso automatizado y con esto sus distintos desafíos, podremos identificar distintas vulneraciones a los variados derechos que tenemos frente a estos tipos de tratamientos. Sin embargo, aún requiere que tengamos una mayor comprensión respecto a distintos conceptos para que cuando tengamos que realizar el análisis desde una perspectiva crítica, podremos sacar un mayor provecho y entendimiento de ello.

1.2.1 RELACIÓN CON LAS DECISIONES AUTOMATIZADAS

Como hemos recalado en reiteradas ocasiones, estos dos conceptos se encuentran relacionados por ciertas similitudes que comparten, pero eso no significa que son lo mismo. Por lo contrario, existen diferencias notorias que hacen que cada uno pueda actuar ya sea en conjunto o por separado, es decir, puede ocurrir que no siempre una elaboración de perfiles se encuentre acompañada por una decisión automatizada o viceversa.

²² Idem., pp capítulo 6.

Con los siguientes ejemplos veremos los tres supuestos que pueden haber y así tener clarísimo esta distinción:

(i) una empresa contrata un programa de inteligencia artificial que tiene por objetivo generar perfiles para los distintos puestos de trabajo que hay disponibles, con esto se busca que el mismo sistema seleccione automáticamente a las personas más aptas para el cargo y rechace a aquellas que estime incompetentes. En este primer caso, podemos ver como se está ocupando un sistema de IA, que aplica al mismo tiempo la elaboración de perfiles y con ello una decisión automatizada;

(ii) una empresa se acaba de constituir y tiene el interés de crecer rápidamente en el mercado, por lo que utiliza un sistema de elaboración de perfiles para tener un anticipo de quien es apto o no para ser parte de la empresa. Sin embargo, resulta que la empresa no confía plenamente en estas tecnologías, entonces decide entrevistar a cada una de las personas que el sistema determinó que eran aptas. En este segundo caso, estamos frente a una empresa que utilizó la tecnología de elaboración de perfiles pero que la última palabra la determinó un ser humano;

(iii) Por último, puede ocurrir que una decisión automatizada actúe sin una elaboración de perfil previa. Esto sería el caso de que el sistema se base únicamente en datos reales y no en predicciones.

Como fue expuesto, estas tecnologías comparten muchas similitudes, y que sin duda alguna, la utilización de una u otra dependerá en gran medida de lo que la organización/empresa/particular busque obtener. Además, no solamente hay diferencias en la aplicación de estas tecnologías, sino que también se encuentran reguladas de una forma distinta. Esto último se verá al momento de visualizar la normativa por la cual se encuentran reguladas, tanto internacionalmente como en nuestro país.

1.3. LOS DATOS PERSONALES

Al momento de hablar de sistemas automatizados y la elaboración de perfiles, nos encontramos frente a una relación inseparable con el tratamiento de datos. Vale mencionar que puede haber ocasiones en donde los sistemas automatizados no ocupan

datos personales, sino datos numéricos, como por ejemplo, una aplicación de *delivery* que automáticamente decide premiar a aquellos repartidores que pasan más tiempo en la aplicación, y no un tratamiento de datos personales. No obstante, por regla general, no podemos hablar simplemente de sistemas automatizados sin incorporar lo que son y el rol que cumplen los datos personales.

Anteriormente, mencionamos como es que los algoritmos procesan estos datos, pero nunca nos detuvimos a explicar qué es, lo que son y por qué son tan importantes. Según la Comisión Europea, en su Carta Ética Europea sobre la Utilización de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno, define datos personales como, “Cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (la “persona afectada”), directa o indirectamente. Entre ellos se incluyen los datos sensibles relativos a datos genéticos, datos biométricos que identifican de forma inequívoca a una persona, datos relativos a delitos, procedimientos penales y condenas y medidas de seguridad relacionadas, y cualquier dato por la información que revelen sobre origen racial o étnico, opiniones políticas, afiliación sindical, creencias religiosas o de otro tipo, salud o vida sexual.”²³

Utilizamos la definición anterior y no otra, porque creemos que esta logra captar un espectro amplio respecto a lo que son los datos personales y sus distintos tipos, siendo estos; los datos sensibles y cualquier otro tipo de datos que revele algún tipo de información personal. En consecuencia, cualquier dato que represente a una persona natural, en amplias áreas como lo es en lo étnico, comercial, sexual, religión, salud, entre otros, estaríamos frente a un dato personal.

Por su lado, el RGDP define como datos personales como, “toda información sobre una persona física identificada o identificable, 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 varios elementos propios de la

²³ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ): *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*. pp 74. [en línea] Disponible en: [European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment](#)

identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”²⁴.

Con esta idea podemos ser capaces de unir todos los elementos claves que hemos visto hasta ahora, pues los sistemas de inteligencia artificial al momento de realizar cualquier actividad que se le encomienda realizan su búsqueda de información en la cantidad inmensa de datos que existen. Ahora, si somos más específicos, cuando se le solicita a un servicio más especializado como lo son los sistemas automatizados, al momento de tratar los datos, puede incluir datos personales de las personas.

En efecto, es a través de este suministro de datos que el sistema va a arrojar una respuesta, por lo tanto, debemos ser cautelosos y escépticos al momento de confiar completamente en estos sistemas, ya que no sabemos exactamente qué sucede en el tratamiento, qué proceso realiza el algoritmo y qué ocurre específicamente en la *black box*²⁵. A raíz de esto, surgen importantes cuestiones como: ¿Qué datos fueron más representativos? ¿Qué datos priorizó el sistema? ¿Qué criterio tomó la máquina?

En Chile, la protección de datos personales se encuentra regulado en distintos niveles legales, siendo en un principio consagrada en la actual Constitución Política de Chile, en su artículo 19 N°4, que señala lo siguiente, “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

²⁴ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](#)

²⁵ Cuando hablamos de *black box* o “caja negra”, nos referimos a aquella dificultad para entender cómo es que los sistemas de IA y los machine learning procesan los datos y generan predicciones o decisiones. Esto ocurre porque el nivel de procesamiento que utilizan los algoritmos puede ser incluso muy difícil de comprender para las personas,

Es relevante comentar que este derecho al consagrarse amparado en la Constitución Política de la República demuestra un claro ejemplo de lo importante y fundamental que es para los ciudadanos. Además, se encuentra regulado en la actual Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada publicada en agosto del año 1999, la cual no entraremos en detalle en este momento, ya que le corresponde aquel análisis a los capítulos siguientes. Sin perjuicio de lo recién mencionado, existen varias normas sectoriales respecto a distintas actividades u organismos encargados del tratamiento, siendo estos Derechos del Consumidor, Salud, Fintech, Transparencia, etc.²⁶ A raíz de esto, nacen distintos organismos con facultades para fiscalizar y sancionar, como es la Comisión del Mercado Financiero (CMF), Servicio Nacional del Consumidor y el Consejo para la Transparencia.

Podemos señalar que no existe una única área legal que pueda regular todas las vulneraciones generadas por sistemas de IA, esto ocurre por el alto abanico de datos personales que existen. Por lo tanto, depende mucho del tipo de vulneración que se realice y con esto la responsabilidad que va a tener el usuario detrás. Es decir, cada dato procesado en una persona puede involucrar un área legal distinta dependiendo de la materia en cual se tomó determinada ADM.

Es válido señalar que estos sistemas al utilizar los datos personales de las personas, estamos permitiendo que se adentren a distintas áreas de nuestras vidas, produciendo una posible vulneración en una área específica o en más de una al mismo tiempo.

Proyectándonos a lo que se discutirá en los siguientes capítulos, cada país tiene una regulación de datos personales específica en su normativa, algunos países tienen consignas más protectoras y otros son más liberales en ese sentido. Sin embargo, lo que queremos señalar es que la importancia de la regulación en este tipo de materias

²⁶ CHILETEC. Partner News: *"Lo que necesitas saber de la Protección de Datos Personales en Chile"*. [en línea] Disponible en: [Chiletec | Partner News: "Lo que necesitas saber de la Protección de Datos Personales en Chile"](#)

trasciende los colores políticos de cada país, pues esto es un tema que nos involucra a todos por igual.

1.3.1. DERECHOS QUE SURGEN A PARTIR DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Como se mencionó anteriormente, la actual ley que regula este tipo de materias es la Ley 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada, sin perjuicio de que hoy se encuentra tramitando una nueva y renovada ley en este tipo de materia (importante tema que se discutirá más adelante) denominada como “Proyecto de ley que regula la protección y tratamiento de los Datos Personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales”. Volviendo a la actual ley, en esta podemos encontrar distintos derechos que apuntan a que existe una verdadera protección a los datos personales de las personas frente a estas nuevas tecnologías.

Estos derechos son los denominados “Derechos ARCO”, que consisten en que el titular tiene el derecho a poder tener un (i) Acceso, a la información que tienen de uno, su procedencia, destinatario y el propósito de su uso); (ii) Rectificación, este derecho apunta a poder actualizar y modificar aquellos datos que son inexactos, incompletos o erróneos; (iii) Cancelación, con este se apunta a poder eliminar algún dato que su almacenamiento carezca de justificación legal; (iv) Oposición, por último este derecho apunta a que el dueño de los datos personales puede oponerse a que sus datos sean tratados en los casos y condiciones que establezca la ley. Estos se encuentran expresados en el Título II “De los Derechos de los titulares de Datos”, artículo 12 y siguientes.

No entraremos en detalle en cuando se pueden o no hacer uso de estos derechos, dado que lo importante en este capítulo es poder tener una noción de que existen estos derechos y que hay una importante preocupación en el clima chileno para regular este tipo de tema.

A modo de conclusión, creemos que en este capítulo sí se cumplió con uno de los objetivos específicos que nos planteamos en un inicio, siendo este poder comprender

cómo es que funcionan los sistemas de inteligencia artificial, enfocándonos en los sistemas automatizados como eje principal. Además, realizamos un exhaustivo análisis de los distintos procesos que involucran estos sistemas y de los distintos elementos que se encuentran en ellos. De la mano con esto, utilizamos una serie de fuentes, herramientas y ejemplos para que el entendimiento de estos conceptos se haya hecho de la mejor manera posible, y así poder continuar con el siguiente capítulo que requiere que el lector ya conozca y maneje las figuras expuestas hasta ahora.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL. SOBRE EL REGLAMENTO GENERAL DE DATOS PERSONALES (RGPD)

El presente capítulo tiene como objetivo específico, poder exponer la regulación internacional en este tipo de materias. Se buscará a su vez, realizar una investigación histórica, los cambios que han existido en el camino, los principales ejes que tiene hasta hoy, los principios plasmados, los nuevos derechos, entre otras cosas.

Podemos preguntarnos por qué centrarnos en una regulación que ni siquiera le es aplicable en Chile, pero en la realidad, ocurre que el nuevo proyecto de ley chileno se basa en gran parte si no en casi todo en estas disposiciones. En específico, nos centraremos en las disposiciones que se señalan en el Reglamento General de Datos Personales de la Unión Europea que entró en vigencia el año 2016. Es importante este capítulo porque nos brindará una sólida base para poder después analizar críticamente las disposiciones que se señalan en el proyecto.

2.1. ORIGEN HISTÓRICO.

Es indudable que para tener un mejor entendimiento de una disposición legal, es fundamental entender la historia detrás, puesto que con ello podremos visualizar el contexto histórico que se vivía en ese momento y a que materias y situaciones se les daba importancia. Es más, cuando vemos la historia detrás de una norma, visualizamos

los cambios que se han hecho hasta el día de hoy y los distintos propósitos que han ido abordando a través del tiempo.

A continuación, partiremos identificando los distintos textos que han tratado el tema de los sistemas automatizados de datos durante este último tiempo. No nos enfocaremos en la historia legislativa global de la inteligencia artificial, puesto que eso abarcaría muchos temas que no le corresponde al ensayo, perjudicando nuestro objetivo general. Recordar que lo significativo de esta parte del trabajo, es poder obtener una vista panorámica a la evolución que han tenido los distintos derechos de las personas y poder visualizar los cambios que han habido en la materia.

El Reglamento General tiene una serie de normas que han estado durante mucho tiempo en otros textos internacionales con anterioridad, es más, existen muchos principios que han estado plasmados desde hace mucho tiempo. Por ende, no es que de un día para otro los expertos europeos decidieron ponerse de acuerdo y generar este Reglamento General. Esta historia comienza mucho antes.

Para empezar, debemos adentrarnos a finales del siglo XX en específico en el año 1981 en Estrasburgo. En enero 28 de aquel año, se firmó el Convenio 108^o del Consejo de Europa para la protección de datos personales, siendo este el primer instrumento jurídico de carácter internacional vinculado jurídicamente en la materia de protección de datos, marcando un hito histórico.

Lo relevante de este convenio, fue que estableció un pie garantista en este tipo de materias, obligando a los países miembros establecer ciertas garantías mínimas en temas de datos personales. En otras palabras, obligó a los países signatarios a adecuar en su derecho interno medidas necesarias para dar cumplimiento a los principios fundamentales de protección de datos consagrados en el convenio²⁷.

²⁷ JIJENA, Renato. *Derecho Informático*. El Jurista. 2022, pp 427.

En su artículo 5 se consagra el principio de “calidad de los datos”, señalando que “Los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado:

- a) se obtendrán y tratarán leal y legítimamente;
- b) se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas;
- c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado;
- d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día;
- e) Se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para la finalidad para las cuales se hayan registrado”

Si entramos en un análisis detallado, no existe un único principio siendo este el de “calidad de los datos”, sino que se pueden ver plasmados una cantidad diversa a través de la lista. Esto por las distintas expresiones como lo son; “lealtad”, “licitud”, “finalidad”, “adecuación”, “pertinencia y no excesivo en relación con la finalidad”, “exactitud” y “conservación”. Si hacemos una interpretación más amplia y juntando elementos ya expuestos con anterioridad en este trabajo, podemos ser testigos que mucho de las disposiciones que se encuentran señaladas anteriormente, son hoy en día distintos derechos en la actual normativa chilena (Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada). Posteriormente en su artículo 8, se recalcan una serie de acciones que el interesado (entendiéndose como aquel titular de los datos personales) puede realizar cuando existe un fichero automatizado de datos de carácter personal.

Existen a su vez otras disposiciones importantes que han tenido protagonismo durante la historia en este tipo de materias, algunas muy antiguas como la Ley Francesa de protección de datos de 1978, que incorporaba ya una garantía frente a los perfiles y decisiones automatizadas, siendo un ejemplo clarísimo de lo adelantado a la época que estaba en su momento.

Inclusive, podemos agregar también la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (más conocida como,

LORTAD), vigente en España hasta que fue derogada por la Ley Orgánica 15/1999. La LORTAD fue por así decirlo “modelo a seguir” durante la discusión para la tramitación de la Ley Chilena 19.628, en específico al momento de querer señalar los distintos tipos de protección de datos, los cuales hasta el día de hoy cobran relevancia.

Ahora bien, no quisimos entrar en detalle con estas leyes, dado que quisimos priorizar los convenios o tratados internacionales, ya que en estos hay una participación global de acuerdos de los distintos países. En caso contrario, podríamos destacar las distintas leyes en particular que tiene cada país, tarea que no va de la mano con nuestro objetivo específico de este capítulo.

De ese mismo modo, cuando hablamos del RGPD por defecto no podemos dejar de lado la 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 (en adelante la “Directiva”). Con respecto a la regulación de protección de datos que trajo esta directiva, no sólo fue fundamental su aplicación en el territorio europeo, sino que logró tener un impacto incluso a nivel mundial. Pues la forma en la que abarcaba la materia de transferencias internacionales de datos vino a establecer un régimen básico al que las otras naciones no miembros de la Unión Europea debían adecuarse- En consecuencia, recién en caso que los otras naciones cumplieran con lo señalado en la Directiva, los datos podrían ser transmitidos libremente.²⁸

De la misma manera, y conectándolo con las distintas fuentes que han sido relevante en materia de derechos personales y su protección, en el considerando 11) de la Directiva se señala lo siguiente, “ Considerando que los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del respeto de la intimidad, contenidos en la presente Directiva, precisan y amplían los del Convenio de 28 de enero de 1981 del

²⁸ ZABALLOS PULIDO, Emilia. *La protección de datos personales en España: evolución normativa y criterios de aplicación* (memoria para optar al grado de doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2013), pp. 102, 103. Disponible en <https://eprints.ucm.es/22849/1/T34733.pdf>

Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales”²⁹. Es decir, existe una conexión entre las distintas fuentes internacionales que han regulado estas materias, tomando en cuenta las que han existido para modernizarlas y establecer nuevos reglamentos. En este caso, el tratamiento de datos personales no ha sido una excepción.

En específico, su regulación respecto al tratamiento de decisiones individuales automatizadas lo determina en su artículo 15, en donde podemos ver importantes similitudes con el Reglamento General. En este artículo 15 se señala lo siguiente;

Decisiones individuales automatizadas

1. Los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc.

2. Los Estados miembros permitirán, sin perjuicio de lo dispuesto en los demás artículos de la presente Directiva, que una persona pueda verse sometida a una de las decisiones contempladas en el apartado 1 cuando dicha decisión:

a) se haya adoptado en el marco de la celebración o ejecución de un contrato, siempre que la petición de celebración o ejecución del contrato presentada por el interesado se haya satisfecho o que existan medidas apropiadas, como la posibilidad de defender su punto de vista, para la salvaguardia de su interés legítimo; o

b) esté autorizada por una ley que establezca medidas que garanticen el interés legítimo del interesado.”³⁰

²⁹ 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. [en línea], [sin fecha]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1995-81678>.

³⁰ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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

Si entramos en detalle, en el primer precepto (1) se reconoce el derecho a las personas a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellos, o que les “afecte de manera significativa”, y que ésta se base “únicamente” en un tratamiento automatizado.

Se recalca la idea de proteger a la persona a que la decisión que le afecte no quede completamente en el poder de un ADM, sin perjuicio de que para que se pueda aplicar esta garantía, deben producirse (i) efectos jurídicos o (ii) que les afecte de manera significativa. Posteriormente entrega excepciones de cuando una persona puede verse sometida a uno de estos sistemas.

Es importante detallar en este punto, que ya podíamos visualizar importantes derechos respecto al tratamiento de datos personales por sistemas automatizados consagrados en esta Directiva. Esto es posible visualizar en el artículo 12 letra a)³¹ respecto al derecho del interesado a poder a conocer la lógica utilizada en el sistema automatizado, siendo conocido como el Derecho de acceso.

Detrás de la Directiva 95/46/CE, existió un grupo detrás encargado de importantes materias. Esto se configuró gracias al artículo 29 de la misma Directiva que señala lo siguiente:

y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](#)

³¹ Derecho de acceso: Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento: a) libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos: - la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de datos a que se refieren y los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos; - la comunicación, en forma inteligible, de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos; - el conocimiento de la lógica utilizada en los tratamientos automatizados de los datos referidos al interesado, al menos en los casos de las decisiones automatizadas a que se refiere el apartado 1 del artículo 15; b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos; c) la notificación a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado de conformidad con la letra b), si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado.

“Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. 1. Se crea un grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, en lo sucesivo denominado «Grupo». Dicho Grupo tendrá carácter consultivo e independiente. 2. El Grupo estará compuesto por un representante de la autoridad o de las autoridades de control designadas por cada Estado miembro, por un representante de la autoridad o autoridades creadas por las instituciones y organismos comunitarios, y por un representante de la Comisión. (...)”³²

El artículo recién expuesto, determina la creación del Grupo 29, su establecimiento y su forma de organización, entre otras cosas. Ahora bien, no podemos ver el artículo 29 de forma aislada, dado que va acompañado del artículo 30 que entrega las distintas funciones que tendrá este Grupo. En este se señala lo siguiente;

1. El Grupo tendrá por cometido: a) estudiar toda cuestión relativa a la aplicación de las disposiciones nacionales tomadas para la aplicación de la presente Directiva con vistas a contribuir a su aplicación homogénea; b) emitir un dictamen destinado a la Comisión sobre el nivel de protección existente dentro de la Comunidad y en los países terceros; c) asesorar a la Comisión sobre cualquier proyecto de modificación de la presente Directiva, cualquier proyecto de medidas adicionales o específicas que deban adoptarse para salvaguardar los derechos y libertades de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, así como sobre cualquier otro proyecto de medidas comunitarias que afecte a dichos derechos y libertades; (...)”³³

Este Grupo 29 fue clave para interpretar distintas normas relativas a la protección de datos personales y su aplicación en la normativa nacional en los distintos países. Poder ser así también un vehículo que ayude a las problemáticas que pueden nacer a raíz de las distintas situaciones fácticas que se pueden presentar, realizar recomendaciones a la Comisión, emitir dictámenes, resolver discrepancias entre la legislación de los Estados miembros y la Directiva, entre muchas otras funciones.

³² Ibid.

³³ Ibid.

2.2. ASPECTOS GENERALES DEL REGLAMENTO (RGPD):

Es pertinente entregar un poco de contexto para entender derechamente lo relevante que es este Reglamento, su alcance, sus disposiciones, sus sanciones, etc. Anteriormente fuimos testigos de una Directiva que trajo importantes avances concretos a la protección de datos personales, pero no mencionamos que esto al ser una Directiva, tiene una naturaleza distinta a lo que es un Reglamento, ya que forman parte de la legislación secundaria en la Unión Europea (en adelante “UE”).

Entonces, primero son aprobadas por las instituciones de la UE de conformidad con los tratados, para que después los Estados miembros de la UE la transpongan³⁴, adquiriendo así rango de ley en los Estados miembros y teniendo una aplicación general³⁵. En consecuencia, podemos identificar importantes diferencias entre una y otra, ya que el Reglamento, a diferencia de la Directiva, tiene una aplicación directa en los Estados miembros desde su entrada en vigor, mientras que una Directiva requiere que se transponga con anterioridad.

Ahora centrándonos en temas de fondo y no de forma, el RGPD (Reglamento 2016/679) se aprobó por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, y fue adoptado el 27 de abril de 2016 pero empieza a regir de forma vinculante el 25 de mayo del 2018. El Reglamento versa respecto a distintas materias y regulaciones específicas, pero tiene como objetivo general, reforzar la protección de datos personales de los individuos dentro de la UE.

³⁴ La transposición es el proceso de incorporar directivas de la UE a las leyes nacionales de los Estados miembros de la UE.

³⁵ EUR-LEX - L14527 - EN - EUR-LEX. [en línea], [sin fecha]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/european-union-directives.html#:~:text=a%20diferencia%20de%20un%20reglamento,directiva%20es%20de%20aplicaci%C3%B3n%20general>.

Ahora bien, no solamente regula a las personas dentro de la UE, sino que también tiene foco en la exportación de datos personales fuera del territorio de la UE. Es así como si bien regula internamente a las personas de los Estado miembros de la UE, los países fuera de ella están obligados a cumplir con ciertos requisitos para el tratamiento de datos personales, teniendo como principal foco las empresas que tienen interés en estos datos.

En su considerando 4 se señala lo siguiente, “El tratamiento de datos personales debe estar concebido 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 con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad.”³⁶

A partir de esto, podríamos señalar varios puntos interesantes que nos ayudarán a guiar varias cuestiones. Cuando hablamos de limitaciones, hablamos propiamente del choque de derechos fundamentales que pueden existir al momento que un sistema (no necesariamente debe ser un sistema automatizado) realiza un proceso que involucren datos personales versus los derechos de las personas.

Podríamos señalar que en un inicio, el Reglamento procura sostener que el tratamiento de datos (ya sea su objetivo o el tipo de datos que se busca tratar), tiene como propósito servir a la humanidad. Pero exactamente ¿A qué se refiere con servir a la humanidad? Creemos que no puede existir una única respuesta posible, pues la expresión de que estas tecnologías tienen como objetivo servir a la humanidad, abarca muchos temas importantes y se hace más difícil aún determinarlo gracias al constante desarrollo de

³⁶ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](https://boe.es/boe/2016/04/27/15311.htm)

nuevas innovaciones e intereses que van surgiendo. Generando que sea muy difícil determinar lo que sería “servir a la humanidad”.

Sin embargo, podemos señalar que el regulador es consciente de que estas nuevas tecnologías entregan un sin fin de beneficios y en distintas áreas que interactuamos día a día. Sin perjuicio de ello, independientemente de las acciones que se pretenden realizar en dicho proceso a través de estas nuevas tecnologías, en todas ellas deben existir ciertos límites.

De la mano con lo recién mencionado, la Guía de Directrices sobre la Protección de las personas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales en un mundo de *Big Data*, del Consejo Europeo publicado en Estrasburgo el 23 de enero del año 2017, se menciona lo siguiente;

“El tratamiento de datos personales no debe entrar en conflicto con los valores éticos comúnmente aceptados en la comunidad o comunidades pertinentes y no debe perjudicar los intereses, valores y normas de la sociedad, incluida la protección de los derechos humanos.”³⁷

En otras palabras, para servir a la humanidad, deben existir ciertos límites específicos, siendo estos los valores éticos que comparten las personas en determinada comunidad y respetar la protección de los derechos humanos.

Como se recalcó anteriormente, existen ocasiones en donde va a ocurrir que más de un derecho fundamental colisione con otro en el tratamiento de datos personales, es más, se señala expresamente en el considerando (4) que ya citamos lo siguiente, “El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”. Es así, como esto

³⁷ COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines on the protection of individuals with the regard to the processing of personal data in a world of Big Data*. pp 3. [en línea], 2017. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806ebe7a>

no queda ausente en el tratamiento de datos que existe en los sistemas automatizados y en la elaboración de perfiles, sino todo lo contrario, debe aplicarse con especial cuidado.

Más adelante, nos adentraremos específicamente en las garantías que el mismo Reglamento establece para estos casos específicos, pero de manera general, debemos hacer énfasis en lo que se señala en el Reglamento frente a las limitaciones de derechos que puede haber, y así tener una idea clara respecto a como existen ciertos principios que hay que tener en cuenta al momento de analizar caso a caso.

Al final del considerando 4) se señala expresamente el principio de proporcionalidad, el cual podemos identificarlo como uno de los principios generales del Derecho de la UE en temas de datos personales. Este principio apunta a que las autoridades son restringidas en el ejercicio de sus poderes, al exigirles que encuentren un equilibrio entre los medios utilizados y el objetivo previsto.

Más específicamente podríamos señalar que, “la proporcionalidad requiere que las ventajas derivadas de limitar el derecho no sean superadas por las desventajas de ejercer el derecho. En otras palabras, la limitación del derecho debe estar justificada.”³⁸ Por lo tanto, para que pueda verse un derecho fundamental vulnerado (en este caso el derecho a la protección de datos personales), requiere que solamente se recopilen y procesen aquellos datos que sean relevantes y adecuados para los fines del tratamiento.

De la mano con este principio, no debemos dejar de lado el “principio de necesidad”, pues este cumple un rol sumamente relevante al momento de restringir un derecho fundamental. Con respecto a este principio, podemos señalar que debido al papel que el tratamiento de datos personales supone para muchos derechos fundamentales, la limitación del derecho de protección de datos personales debe ser “estrictamente necesaria”³⁹. Este principio juega un rol importante al momento de valorar la licitud del

³⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Necessity & proportionality*. [en línea], [sin fecha]. Disponible en: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/necessity-proportionality_en
https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/necessity-proportionality_en

³⁹ Ibid.

tratamiento de datos personales, y la necesidad se justificará sobre la base de pruebas objetivas y recordar que este principio se debe aplicar antes de hacer el juicio de proporcionalidad de la limitación.

Creemos que ya estamos preparados para analizar derechamente la regulación específica que hace el Reglamento frente a los sistemas automatizados, pues ya tenemos claro la historia detrás de las distintas regulaciones que han ido surgiendo a lo largo de los años, las diferencias que existe entre la Directiva y el Reglamento, y por último pudimos presenciar una breve aproximación a las controversias que pueden surgir al momento de realizar un tratamiento de datos personales.

2.3. ARTÍCULO 22 - DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS, INCLUIDA LA ELABORACIÓN DE PERFILES:

El modo de análisis respecto del artículo será el siguiente; primero expondremos el capítulo como tal, luego lo analizaremos de lo más general a lo más específico, siguiendo con esto, identificaremos los distintos elementos importantes que se ven involucrados, los artículos que se relacionan (13, 14, 15, 16, 21) y finalmente complementaremos el artículo 22 con lo que se señala en los considerandos 71) y 72) del mismo Reglamento.

Vale agregar que este no es el único artículo que versa respecto a las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles, sino que también hay otros artículos que se encuentran vinculados a estas materias, tales como aquellos que expresan diversos criterios. Siendo estos; el de licitud, lealtad, transparencia en el tratamiento, compatibilidad en los cambios de finalidad, minimización de los datos, la limitación del plazo de conservación, la exactitud de los datos, la necesidad y por último el consentimiento.

Sin otro comentario a destacar, el artículo 22 del RGPD señala lo siguiente;

“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.

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

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

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

c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

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

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.”⁴⁰

⁴⁰ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](#)

2.3.1. ELEMENTOS GENERALES DEL ARTÍCULO 22:

A primera vista, podemos visualizar que la redacción del artículo 22.1 no es más que un conjunto de facultades que se reconocen a los titulares derivados del derecho fundamental a la protección de datos⁴¹, es más, el artículo se encuentra localizado en el Capítulo III denominado “Derechos del Interesado”⁴². Entonces, existen muchos estudios, doctrinas y por sobre todo el reconocimiento de distintas autoridades que señalan que este artículo vendría a reconocer concretamente el derecho de oposición frente a las decisiones automatizadas o en otras palabras el derecho a no verse sometido a este tipo de decisiones.

En suma, podemos identificar que el art 22.1 contempla como regla general una prohibición de las decisiones puramente automatizadas, es decir, haciendo referencia a lo que presentamos en un inicio de este trabajo, no existe una intervención humana en la decisión. Entonces, la estructura de este artículo es de la base que pone una regla general en su primer apartado que luego viene ampliamente excepcionada⁴³. Por lo tanto, podríamos decir que la prohibición frente a este tipo de tratamiento en específico es la regla general y que en consecuencia no requiere que sea invocada por el titular.

Siguiendo con la base del primer supuesto que entrega el artículo 22.1 podemos encontrar elementos claves que ameritan una explicación más profunda. Dentro de la regla general que se establece en el primer enunciado, este mismo nos entrega ciertas condiciones estrictas que se tiene que presentar para que prosiga esta prohibición. Con esto nos referimos expresamente cuando señala lo siguiente, “(...), que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”.

⁴¹ MURILLO DE LA CUEVA, P, L y PIÑAR MAÑAS, J,L: *El derecho a la autodeterminación informativa*. Ed, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, Madrid, pág.14. Disponible en <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/80448/RGDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

⁴² Ver Artículos 15 al 22 RGPD.

⁴³ ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp 37

Inmediatamente nos podemos dar cuenta que el artículo deja una interpretación sumamente amplia respecto a lo que sería verse sometido a una ADM, teniendo como consecuencia efectos jurídicos o una afectación de manera similar. Es más, ni siquiera el reglamento define lo que son los efectos jurídicos ni mucho menos que se afecte de manera similar. Es por eso mismo, que el Grupo de Trabajo 29, en las Directrices sobre decisiones individuales automatizada y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 adoptada el 3 de octubre de 2017 y revisadas y adoptadas por última vez el 6 de febrero de 2018, nos ayudan a definir distintos conceptos relevantes a la hora de analizar el artículo.

Como primer concepto debemos hacer hincapié en lo que se debe entender con “decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”, que según el Grupo de Trabajo 29 señala que es aquella que no hay una participación humana en el proceso de decisión, entregando el siguiente ejemplo, “Un proceso automatizado produce lo que es, en realidad, una recomendación relativa al interesado. Si un ser humano revisa y tiene en cuenta otros factores para tomar la decisión final, dicha decisión no estará «basada únicamente» en el tratamiento automatizado.”⁴⁴

Señala posteriormente que el responsable del tratamiento no puede inventar una participación humana que no existió, es decir, para que exista una participación humana el responsable debe garantizar que “cualquier supervisión de la decisión sea significativa, en vez de únicamente un gesto simbólico”⁴⁵.

Por consiguiente, la participación real del humano se convierte en un elemento esencial a la hora de determinar la automatización o no de la decisión. Por eso mismo, la doctrina se ha visto obligada a valorar el carácter o no significativo de la decisión, haciendo énfasis en la frecuencia con la que el responsable del tratamiento adopta decisiones

⁴⁴ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 23, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

⁴⁵ Ibid.

finales en un sentido distinto al planteado por el algoritmo⁴⁶. Además, se recalca que esta participación también tiene que ser llevada a cabo por una persona encargada y con la competencia necesaria para modificar la decisión.

En definitiva, el responsable del tratamiento de datos debe identificar y registrar el grado de participación humana que existió en el proceso de toma de decisiones y aclarar en qué momento se produjo esta. En la práctica, es sumamente importante que el responsable tenga esto en mente al momento de realizar el tratamiento de datos, pues de alguna forma deberá “fiscalizar” por así decirlo la participación humana inscrita en ella.

Además, debemos indicar que en el primer enunciado para que la prohibición general prosiga, deben darse ciertas cuestiones específicas, siendo estas que se haya producido efectos jurídicos o una afectación significativamente de modo similar. Entonces, realizando una interpretación estricta, en caso de que se hayan tratado los datos personales de una persona en particular, y que con ello se haya tomado una decisión plenamente automatizada, pero no hubo efectos jurídicos o una afectación relevante por sobre esta persona, se entendería que el Reglamento permite realizarla.

Retomando ahora lo que se entiende con cada elemento del primer precepto del artículo 22.1, el segundo concepto que vale aclarar es lo que se considera como “efectos jurídicos” o “significativamente similares”. Según el GT29 el artículo 22 del Reglamento basándose en su formulación, deja claro que solo se aplicará el precepto cuando estemos frente a situaciones que existan “graves consecuencias”⁴⁷.

Con respecto al primero, un efecto jurídico, “exige que la decisión, basada únicamente en el tratamiento automatizado, afecte a los derechos jurídicos de una persona, como la

⁴⁶ TODOLÍ SIGNES, A: “*La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos*”. Revista de derecho social, N°84, 2018, pp 9. Disponible en: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/80448/RGDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁴⁷ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 23, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

libertad a asociarse con otras personas, de votar en unas elecciones o de entablar acciones legales”⁴⁸. Ahora bien, recalca también este GT29, que no necesariamente deben ser situaciones que nos afecten jurídicamente en acciones o interés de agruparnos con otras, sino que también puede ocurrir que existan efectos jurídicos relevantes al momento de analizar el “estatuto jurídico” de una persona o a sus derechos en virtud de una relación contractual. Entonces, puede ocurrir que bajo una decisión plenamente automatizada, surjan efectos jurídicos cuando hay una cancelación de contrato, la denegación de admisión para entrar a un país o inclusive el rechazo a obtener una determinada ciudadanía, etc.

Existen muchos casos en donde una decisión plenamente automatizada puede incurrir en los efectos jurídicos de una persona. Sin perjuicio de esto, el artículo 22.1 comprende que este concepto tampoco aborda la magnitud de casos que puede ocurrir frente a un rechazo o admisión por parte de una ADM, es por eso que agrega el concepto de “significativamente relevante”.

El GT29 recalca la idea de que frente al concepto “significativamente similares” debemos ser más cautelosos, puesto que a diferencia del concepto anterior (efectos jurídicos), acá estamos frente a situaciones que tengan un efecto equivalente o similar en sus consecuencias, pero que al no tener el carácter de “jurídico” el espectro se amplía constantemente.

Podemos mencionar que este concepto se agregó a este Reglamento a diferencia de lo que se señalaba en el artículo 15 de la Directiva 95/46/CE, generando una ampliación a las situaciones fácticas en donde el particular tiene la posibilidad de aplicar el artículo 22. Ahora bien, centrándonos en temas de fondo, pueden ocurrir situaciones que si bien no tenga el carácter jurídico, pueden tener las mismas o inclusive más consecuencias.

El Gt29 recalca expresamente lo siguiente, “Para que el tratamiento de datos afecte significativamente a una persona, los efectos del tratamiento deben ser suficientemente

⁴⁸ Ibid.

importantes como para ser dignos de atención (...)”⁴⁹. A raíz de esto, entrega una serie de ejemplos relevantes de mencionar para así tener una idea clara, tales como; “(i) afectar significativamente a las circunstancias, al comportamiento o a las elecciones de las personas afectadas; (ii) tener un impacto prolongado o permanente en el interesado; o (iii) en los casos más extremos, provocar la exclusión o discriminación de personas”⁵⁰.

A mayor abundamiento, el considerando 71) del Reglamento entrega ejemplos más concretos, tales como; “la denegación automática de una solicitud de crédito en línea” o “los servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna”⁵¹. En otras palabras, al momento de analizar si existe o no una significación similar al de “efectos jurídicos”, debemos hacer la tarea de evaluar la materia específica que está en juego y determinar si es o no relevante las consecuencias de la decisión automatizada.

Con esto podríamos vincularlo a decisiones que afecten; circunstancias financieras de una persona, servicios sanitarios, oportunidades laborales o que puedan provocar una gran desventaja a partir de un rechazo o denegación, decisiones que afecten en el ámbito educativo de las personas.

Para cerrar el concepto de decisiones automatizadas que provoquen una significación similar a efectos jurídicos, el GT29 entrega un importante comentario que vale citar explícitamente:

“Las decisiones automatizadas que provoquen diferencias de precios sobre la base de datos o características personales también podrían tener un efecto significativo si, por

⁴⁹ Ibid. pp. 24

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](https://boe.es/boe/2016/04/27/13111.htm)

ejemplo, unos precios prohibitivamente elevados impiden que una persona acceda a determinados bienes o servicios.”⁵²

En este caso el GT29 se entromete propiamente en cuestiones de consumidores en donde las personas pueden verse afectadas por una decisión automatizada. Acá es claro en destacar que si es posible que se produzca un efecto similar al jurídico en caso que un programa a través de este tratamiento decida provocar una diferencia de precio sobre la base de datos que tiene de un cliente específico, pues en este caso podría darse que existirían graves consecuencias.

2.3.2. LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 22

Conforme a la estructura del artículo 22 del RGPD, ahora nos corresponde centrarnos en las excepciones que entrega, dado que como se mencionó con anterioridad, la norma en un inicio entrega una prohibición general para después señalar excepciones específicas.

En el apartado 2 del artículo se recalca que el responsable del tratamiento no debe llevar a cabo el tratamiento descrito en el apartado 1, a menos que se aplique una de las 3 excepciones descritas, siendo estas cuando la decisión automatizada;

“(…)

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

⁵² ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 25, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.⁵³

A continuación, analizaremos cada excepción en particular para entender derechamente cuando está permitido ser sometido a una decisión plenamente automatizada aun generando efectos jurídicos o significativamente de manera similar.

El enunciado a), es un ejemplo claro de que una decisión puramente automatizada puede servir para que se produzca la celebración de un contrato o también para el proceso precontractual⁵⁴. Un ejemplo claro de esto puede ser derechamente cuando existe una lista de varios candidatos y se busca reducirla. Ahora bien, a diferencia del artículo 15 de la Directiva, este artículo es sin duda más garantista, puesto que el apartado (3) del artículo 22 del RGPD señala expresamente que en casos que se aplique el apartado 2, letras a) y c), el legislador exige que se adopten las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos del afectado. Se menciona en aquel apartado (3) que consistirán como mínimo en prever la intervención humana, en poder expresar el punto de vista del afectado y en poder recurrir contra la decisión.

Con relación a lo anterior, podemos de inmediato conectar uno de los principios del RGPD que vimos con anterioridad, siendo este el de necesidad (explicitado en el artículo 6 del mismo Reglamento). En este caso, el responsable del tratamiento debe poder demostrar que este tipo de tratamiento es necesario y que no existe otro medio que sea menos invasivo. El GT29 señala el siguiente ejemplo que amerita exponer para dejar claro esta excepción;

⁵³ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](#)

⁵⁴ ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp. 39.

“Una empresa anuncia un puesto vacante. Dado que trabajar para esta empresa en cuestión es algo popular, esta recibe decenas de miles de solicitudes. Debido al excepcionalmente elevado número de solicitudes, la empresa puede pensar que, en la práctica, no es posible identificar candidatos adecuados sin utilizar en primer lugar medios automatizados para filtrar las solicitudes irrelevantes. En este caso, puede ser necesario utilizar decisiones automatizadas para confeccionar una lista limitada de posibles candidatos, con la intención de celebrar un contrato con uno de los interesados.”⁵⁵

Con esto podemos decir desde que ya que puede ocurrir que en ciertas situaciones fácticas los responsables del tratamiento podrán basarse únicamente en una decisión automatizada. Ahora bien, esto no obsta a que el particular que utilizaron en el tratamiento pueda impugnar dicha decisión (artículo 22.3), cuestión que veremos más adelante.

En seguida analizaremos el enunciado 2 letra b), que instantáneamente podríamos considerarla como una previsión legal. Esta excepción describe que es permitido realizar una decisión plenamente automatizada siempre y cuando se encuentre autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

A mayor abundamiento, el mismo considerando 71) del Reglamento agrega que se podrán incluir estas decisiones automatizada con, “fines de control y prevención del fraude y la evasión fiscal, realizada de conformidad con las reglamentaciones, normas y recomendaciones de las instituciones de la Unión o de los órganos de supervisión nacionales”.

Si entramos en un análisis más detallado de esta excepción, el mismo enunciado recalca la idea de que está permitido legalmente realizar este tipo de tratamiento y basarse en una decisión sin intervención humana, siempre y cuando se tomen las medidas

⁵⁵ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 26, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses de legítimos del interesado. Es así como esta excepción entrega una enorme oportunidad para cada Estado de regular e introducir especificaciones propias relacionadas con este tipo de tratamiento de datos, poniendo énfasis en ciertos tipos de sectores que estime con mayor importancia aplicar estos tratamientos.

La tercera excepción que señala el apartado 2 letra c) es el consentimiento explícito por parte del interesado. Desde ya es importante recalcar que el consentimiento como tal es distinto al consentimiento explícito, pero al ser una relación de género y especie, corresponde analizar lo que se entiende con consentimiento de manera general para después especificar en el consentimiento explícito. El Reglamento define lo que es el “consentimiento del interesado” en su artículo 4 número 11) como, “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”⁵⁶.

A partir de esto, podemos darnos cuenta que se presentan distintos elementos importantes para poder determinar cuando realmente estamos frente a la entrega de consentimiento por parte del interesado. El GT29, en las Directrices sobre el Consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptada en noviembre de 2017 y revisadas y adoptadas en abril de 2018 entrega un gran aporte en el análisis detallado de este concepto. Nosotros nos enfocaremos en los requisitos específicos que se tienen que presentar para lograr un consentimiento propiamente tal, y recién ahí esclarecer el consentimiento explícito que se entiende en el artículo 22 apartado 2 letra c).

El primer elemento que se presenta es que éste debe ser “libre”. Cuando nos referimos a que el consentimiento debe ser libre, nos referimos a que se tiene que garantizar que los interesados tengan una capacidad real de control y elección. El GT29 en las

⁵⁶ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016.

Directrices antes descrita señala lo siguiente, “Como norma general, el RGPD establece que, si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido”⁵⁷. Señala también expresamente que, “no se considerará que el consentimiento se ha prestado libremente si el interesado no puede negar o retirar su consentimiento sin perjuicio.”⁵⁸

Siguiendo la misma lógica, el GT29 entrega 4 criterios a la hora de valorar si es que hay una manifestación libre del consentimiento. El primero, hace énfasis al “desequilibrio de poder” que puede generarse al momento de que un particular debe entregar su consentimiento frente a una autoridad en donde claramente hay un desequilibrio. Esto se encuentra expresamente señalado en el considerando 43) del Reglamento.

En suma, podemos agregar que el GT29 señala que pueden darse ocasiones en donde no existe una autoridad pública como por ejemplo en materias laborales. Considera “roblemático que los empleadores realicen el tratamiento de datos personales de empleados actuales o futuros sobre la base del consentimiento, ya que no es probable que este se otorgue libremente.”⁵⁹

El segundo requisito tiene que ver con la “condicionalidad”, es decir, siguiendo el tenor literal del artículo 7, apartado 4 del Reglamento, no debería vincularse el consentimiento a la aceptación de los términos y condiciones del contrato. Con esto, el objetivo que se busca es evitar que el consentimiento para tratar los datos y el consentimiento general que uno entrega al momento de pactar queden fusionados, y ocurra que para el tratamiento de datos no sea lo relevante para el contrato mismo⁶⁰.

⁵⁷COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS. Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679. 2020. Disponible en: [edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf \(europa.eu\)](https://edpb.europa.eu/docs/default-source/guidelines/guidelines-202005-consent-es.pdf)

⁵⁸ Ibid., pp 6.

⁵⁹ Ibid., pp 8.

⁶⁰ ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp. 43.

En este punto en particular el Grupo señala expresamente lo siguiente, “(...) el control de una persona sobre sus datos personales es esencial y existe una firme presunción de que dar el consentimiento a un tratamiento de datos personales que no sea necesario no puede considerarse como un requisito obligatorio para la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio.⁶¹”

El tercer requisito es lo que se entiende como “disociación de los fines del tratamiento de datos en inglés como *granularity*. Cuando nos referimos a esto, el considerado 43) expresa que el consentimiento no va a ser libre cuando no se permita al interesado autorizar por separado las diferentes actividades del tratamiento de datos. Esto debemos entenderlo que parte desde la base que, un servicio puede tener múltiples operaciones de tratamiento de datos para más de un fin en específico. En aquellos casos, lo lógico es que los interesados tengan la libertad para elegir qué fines aceptan y cuáles no, en lugar de tener que dar su consentimiento a un conjunto de fines de manera general⁶².

El cuarto y último requisito para que exista un consentimiento libre es que el responsable del tratamiento de datos personales deberá demostrar que la falta de consentimiento o su retirada como tal, no supone ningún perjuicio para el afectado (el interesado), en otras palabras, no existe ningún coste o desventaja⁶³.

Con todo lo expresado anteriormente, queda claro lo que respecta a un consentimiento general manifestado libremente. Ahora nos corresponde derechamente a lo que percatamos

⁶¹ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 9, Disponible en: https://apdcat.gencat.cat/web/.content/03-documentacio/Reglament_general_de_proteccio_de_dades/documents/wp259-rev-0.1_ES-consentiment.pdf

⁶² Ibid., pp. 11.

⁶³ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](#)

el artículo 22.2 con su tercera excepción (c), siendo esta que exista un consentimiento libre y explícito.

Lo que apunta esta excepción, es que en caso de que haya un consentimiento explícito por parte del interesado, el responsable podrá basarse en una decisión plenamente automatizada y que tenga efectos jurídicos o similares.

Cuando hacemos énfasis en lo explícito que debe ser el consentimiento, nos referimos a la forma el cual debe ser expresado, es decir, el interesado debe realizar una declaración expresa del consentimiento⁶⁴. En la actualidad, existen muchas formas de expresar nuestro consentimiento, claramente la manera más utilizada debiese ser a través de los canales electrónicos, como lo sería por ejemplo; un correo electrónico, rellenando un impreso electrónico, cargando un documento o *paper* escaneado en donde se exprese la firma del particular, etc. Esto dejar de lado, que a través de lo verbal también puede ocurrir que expresemos nuestro consentimiento de manera explícita, sin embargo, en este caso ocurre que puede resultar sumamente complicado para el responsable demostrar que se cumplió con las condiciones del consentimiento explícito.

A modo de conclusión, respecto a los aspectos generales del artículo 22 podemos señalar que como norma existe una prohibición general de basarse únicamente en decisiones individuales puramente automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles en donde se produzcan efectos jurídicos o efectivos significativamente similares. Sin perjuicio de lo recién mencionado existen también excepciones a esta normativa, y que en caso de que se aplique una de estas excepciones, se deberán tomar las medidas necesarias para que puedan garantizar los derechos y libertades del interesado.

Es sumamente relevante tener claro y manejar estas restricciones para que cuando llegue el momento en donde tengamos que analizar el proyecto de ley chileno, podamos tener una mirada crítica a las disposiciones que señala en el artículo que buscará regular el tratamiento de datos personales en los sistemas automatizados. En especial, porque

⁶⁴ COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS. Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679. 2020. pp. 21. Disponible en: [edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf \(europa.eu\)](https://edpb.europa.eu/docs/default-source/consultation/202005-consent-es.pdf?sfvrsn=1)

haciendo un adelanto desde ya, el proyecto chileno pretende regularlo de una manera distinta.

2.4. GARANTÍAS GENERALES Y ESPECÍFICAS

El presente tema que presentaremos a continuación no es sino el pilar fundamental de este trabajo por las razones que daremos a conocer en seguida. En primer lugar, debemos aclarar que lo que hemos hecho hasta ahora ha sido un recorrido exhaustivo del arte de los sistemas automatizados como tal, los distintos elementos y procesos que lo conforman, los protagonistas en el tratamiento, los tipos de datos utilizados, la historia de la regulación durante el último siglo hasta el día de hoy, los aspectos que han ido evolucionado y otros que solamente han ido consagrándose cada vez.

Recientemente fuimos testigos de la regulación que entrega este Reglamento frente a las decisiones automatizadas, la regla general de prohibición para las decisiones plenamente automatizadas y las excepciones que entrega la normativa. Ahora bien, no hemos identificado aún una materia sumamente importante que va a ser el eje central al momento de realizar el análisis crítico del “Proyecto de Ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales”. Estamos hablando de las Garantías Generales y Específicas sobre las decisiones automatizadas que va a tener el particular. Pues en esta parte del trabajo analizaremos los distintos derechos que tienen los particulares, dependiendo del tipo de tratamiento que reciben a partir del sistema automatizados y la decisión que entrega el sistema, siendo una ADM o una parcialmente automatizada que contenga participación humana.

A partir de esto, podremos darnos cuenta de lo relevante que es cada elemento, concepto, palabra o incluso una “coma” al momento de escribir una norma, dado que cualquier expresión puede llegar a cambiar el propósito y contenido normativo. Haciendo un adelanto a lo que se discutirá en el siguiente capítulo, el proyecto de ley chileno copia casi exactamente el articulado 22 del RGPD, sin embargo, omite una palabra clave. Esto

genera importantes consecuencias en los derechos que podrán amparar al particular y las dificultades prácticas que traerá consigo. Con la normativa entregada en el RGPD vamos a poder inferir e identificar los derechos específicos que va a hacer valer el particular al momento de encontrarse bajo determinado tratamiento o no.

Sin otro particular, partiremos describiendo los derechos generales que tienen los particulares expresados en el RGPD por el simple hecho de ser sometidos a una ADM o cualquier proceso que involucra algoritmos para luego analizar las garantías específicas que existen al ser sometido a una decisión plenamente automatizada.

Antes de entrar en detalle respecto a las garantías generales que tiene el interesado frente las decisiones automatizadas, es importante entregar un poco de contexto para saber exactamente en qué situación se encuentra el particular (siendo este aquella persona la cual utilizaron sus datos). Vale agregar también que el RGPD introduce nuevos derechos reforzados para las personas y al mismo tiempo crea nuevas obligaciones para el responsable a diferencia con lo que disponía la Directiva.

Entonces, volviendo al contexto introductorio de las garantías generales, debemos partir desde la base que estamos frente a un tratamiento de datos personales en donde no necesariamente la decisión que tomó el responsable es plenamente automatizada, es decir, puede ocurrir que haya participación de un humano en la decisión, generando que sea semiautomatizada o parcialmente automatizada. En consecuencia, las garantías generales que establece el RGPD y que presentaremos a continuación, abordan todo tipo de tratamiento frente a las decisiones automatizadas y sus distintos tipos de decisiones, a contrario sensu, con lo que ocurre con las garantías específicas que se aplican en ciertas circunstancias como son decisiones totalmente automatizadas.

En resumen, esta tabla nos ayuda a visualizar mejor lo explicado anteriormente;

Tabla 1 Derechos frente a las decisiones automatizadas

| | Decisiones plenamente automatizadas que generan efectos relevantes tomadas por algoritmos | Resto de decisiones tomadas por algoritmos |
|-----------|--|---|
| Garantías | <ul style="list-style-type: none"> — Derecho de información sobre la lógica del tratamiento. — Derecho de acceso específico. — Prohibiciones específicas. — Bases legales de legitimación reforzadas. — Derecho a solicitar la participación humana. — Derecho a expresar el punto de vista. — Derecho de revisión de la decisión. — Evaluación de impacto obligatoria. — Normativa general del RGPD. | <ul style="list-style-type: none"> — Normativa general del RGPD. |

65

En la tabla adjunta, es posible ver que se hace énfasis en la distinción entre las decisiones totalmente automatizadas y las que no. Además, recordar que también en las decisiones totalmente automatizadas, estas deben producir efectos considerables o relevantes para que pueda aplicarse el artículo 22 del RGPD. Por otro lado, se identifica que para el resto de las decisiones tomadas por un algoritmo (inclusive las plenamente automatizadas), se aplicarán las garantías generales de datos personales que entrega el RGPD.

Partiremos analizando el caso que nos ocupa en una decisión que no es completamente automatizada y así identificar las garantías generales que entrega el RGPD, dado que estas son la regla general y por ende también se aplican a las ADM.

2.4.1. GARANTÍAS GENERALES

El GT29 nos explica que hay una serie de principios en el tratamiento de datos personales, siendo estos; la licitud, la lealtad y la transparencia en el tratamiento; la compatibilidad en los cambios de finalidad; la minimización de los datos; la exactitud de los datos conservados; la limitación del plazo de conservación de los datos; el consentimiento y, finalmente, la necesidad. Ahora bien, recordar que estos son principios

⁶⁵ PALMA, Adrián. Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial. Editorial DYKINSON. 2022, pp. 66.

generales que entrega el Reglamento en el tratamiento de datos personales, pero para el caso de los sistemas automatizados existe una especificidad. Es por eso que nos detendremos solamente en aquellos que juegan un papel importante en los procedimientos de sistema automatizado de datos⁶⁶.

Al momento de la protección de datos personales en los sistemas automatizados y en la elaboración de perfiles como tal, los responsables de datos deben respetar una serie de principios para poder realizar conforme a la ley el tratamiento de datos personales en estos tipos de procedimientos. Destacar que es muy importante tener en cuenta estos principios que rigen en el Reglamento General, puesto que con esto en mente vamos a poder tener ya una predisposición a lo relevante que es cada uno y su relación con las decisiones automatizadas. Además, nos entregará una mirada crítica a por qué solamente en determinadas decisiones deben regir ciertos derechos en particular y por qué para otras no, cuestión de fondo que se discutirá en profundidad al momento de analizar el proyecto de ley chileno.

Entonces, sin más preámbulos, señalaremos algunos principios que se deben tener en cuenta para después analizar y exponer los derechos que nacen a raíz de ellos. El RGPD en su Capítulo II artículo 5 respecto a los Principios relativos al tratamiento de datos personales, se señala en el primer enunciado. a) “tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»)⁶⁷.

Partiremos analizando el principio de licitud, lealtad y transparencia, en donde el GT29 a finales del 2017 adoptó Directrices sobre el principio de transparencia en donde recalca que aquel permite “generar confianza en los procesos que afectan al ciudadano

⁶⁶ ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp. 46.

⁶⁷ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](#)

capacitándolo para entender y, en su caso, impugnar dichos procesos”⁶⁸. También, se expresa en el artículo 5 apartado 2 del Reglamento que el responsable debe ser capaz de demostrar que el tratamiento de datos se ha llevado a cabo de manera transparente con el particular. Expresa que el tratamiento debe ser leal en el sentido que no debe generar discriminaciones al momento de generar una elaboración de perfiles, identificándose también el principio de la no discriminación algorítmica.

A partir de este principio (transparencia), al interesado se le entrega una serie de facultades como lo es el derecho a la información y acceso de datos personales, cuestión que analizaremos más adelante. De la mano de esto el GT29 en las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas expresa que el artículo 12 del Reglamento, apartado 1 “que el responsable del tratamiento debe facilitar a los interesados información concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso sobre el tratamiento de sus datos personales”⁶⁹.

Es clave recalcar las distintas obligaciones que tienen los responsables de datos, pues expresa importantes estándares que se deben cumplir y así entregar una información fácil de comprender para el interesado. Es así como responsable debe entregar un canal de fácil acceso para que el particular pueda tener acceso a sus datos, y no solo esto si no que debe además ocupar un lenguaje sencillo para que puedan posteriormente valerse adecuadamente los derechos.

Vale mencionar que muchas personas, si no la mayoría, no maneja el contenido ni el lenguaje que estas tecnologías ocupan, es decir, conceptos como los que vimos al inicio de este trabajo traen consigo una gran dificultad. Por lo mismo, el responsable de datos se encuentra obligado a exponer todas estas materias de la manera más expedita y

⁶⁸ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017.

⁶⁹ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 10, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

simple posible, generando una responsabilidad proactiva⁷⁰ por parte de ellos. Ahora bien, el GT29 recalca que por ejemplo, en las ADM no parece necesario detallar los aspectos técnicos del algoritmo ni el procedimiento que se toma a cabo, no obstante si se podría explicar los factores que se han tomado en cuenta, así como sus consecuencias para el interesado⁷¹.

El Reglamento entrega a su vez importantes principios que definitivamente entregan una importante seguridad para los particulares, en especial en los casos de elaboración de perfiles. No entraremos en detalle en esta materia en particular, pero sí los mencionaremos y señalaremos una breve descripción de lo que son para tenerlos presente y entregarle al lector un mayor contexto. Estos principios son; (i) tratamiento ulterior y limitación de la finalidad; (ii) minimización de datos, debe justificarse su necesidad descartando el uso de anónimos; (iii) principio de exactitud, debe verificarse que los datos sean precisos y actualizados; (iv) limitación del plazo de conservación, hay un plazo determinado. Además de esto, existen otros principios relevantes que justifican las bases jurídicas del tratamiento de datos por parte de los responsables, estos pueden visualizarse en el artículo 6 del Reglamento.

En esta materia debemos recordar que para las bases jurídicas del tratamiento, solamente estamos haciendo énfasis en cualquier procedimiento que involucre un procedimiento algorítmico, y en específico las decisiones no automatizadas, dado que aquellas tienen un régimen excepcional (solamente pueden realizarse si se cumple una de las excepciones del artículo 22). Sin perjuicio de ello, podemos identificar que existen distintas disposiciones que se comparten, tales como; el art 6 apartado 1, letra a)

⁷⁰ El RGPD describe este principio como la necesidad de que el responsable del tratamiento aplique medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el Reglamento.

AEPD. *¿Qué es el principio de responsabilidad proactiva?* [en línea], [sin fecha]. Disponible en: <https://www.aepd.es/preguntas-frecuentes/2-rgpd/3-principios-relativos-al-tratamiento/FAQ-0208-que-es-el-principio-de-responsabilidad-proactiva#:~:text=El%20RGPD%20describe%20este%20principio,es%20conforme%20con%20el%20Reglamento>

⁷¹ ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp. 48.

respecto del consentimiento y en el mismo artículo apartado 1, letra b) respecto a la necesidad de una ejecución de un contrato.

2.4.1.1. DERECHOS DEL PARTICULAR QUE SURGEN A PARTIR DE SER SOMETIDO A UNA DECISIÓN TOMADA POR ALGORITMOS

Nos corresponde ahora analizar los derechos del interesado que tiene frente a las nuevas obligaciones que impone el Reglamento General para los responsables del tratamiento. Desde ya tenemos que destacar que estos derechos se pueden invocar frente al responsable del tratamiento, siendo este el que crea el perfil o el que se basa en la decisión automatizada (con o sin intervención humana). Importante destacar que en caso de que sea una entidad distinta, puede invocarse por separado⁷².

El primer derecho que ya lo señalamos con anterioridad pero que no fue explicado en detalle, es el “derecho a ser informado” o “derecho a la información”. Este se encuentra consagrado en el artículo 13 y 14 del Reglamento, en donde se hace una diferencia frente a datos personales que se hayan o no obtenido por parte del interesado. Lo relevante de este derecho es que se encuentra sumamente vinculado con el principio de transparencia que se explicó con anterioridad en donde la información que se le entrega a los individuos debe ser clara y sencilla.

Podemos además destacar que en el considerando 60 del Reglamento entrega importantes consignas a la hora de identificar este derecho, expresando lo siguiente, “Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración (...) Dicha información puede transmitirse en combinación con unos iconos normalizados que ofrezcan, de forma fácilmente visible,

⁷² ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 17, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

inteligible y claramente legible, una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto.”⁷³

Acá claramente estamos frente a una norma que obliga al responsable a entregar esta información, señalando explícitamente una responsabilidad proactiva por parte de la entidad que realiza el tratamiento. Es más, el responsable está obligado a aclarar al interesado si es que se está realizando un tratamiento puramente automatizado o no.

Otro derecho que se le concede al particular de manera general es el “derecho de acceso” consagrado en el artículo 15 del RGPD, este señala lo siguiente, “El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información (...)”. GT29 nos informa que este derecho se encuentra más enfocado en las elaboraciones de perfiles, pero como fue mencionado en un inicio, estas pueden tener un gran vínculo con una decisión automatizada.

Este derecho apunta a que el interesado tiene derecho a obtener detalles de cualquier dato personal incluidas las supuestas categorías de datos utilizadas para elaborar un perfil⁷⁴. Ahora bien, no debemos confundirnos con el derecho recién explicado el cual se refiere al derecho de ser informado”, pues este derecho es más específico en lo que respecta a los datos utilizados en la entrada para crear perfiles, en efecto, es mucho más detallado.

⁷³ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](https://boe.es/boe/2016/04/27/13111.htm)

⁷⁴ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 19, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

Es relevante este principio por diversos motivos pero uno de los más importantes es que en los numerales que se menciona en el artículo 15 primer apartado, en su letra h) expresa que el responsable tiene el deber de informar al particular la siguiente información, “la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.”

Si somos críticos, este derecho podría entrar en uno de los derechos específicos que tienen las personas al momento de ser sometidos a una decisión automatizada, dado que la misma letra h) recalca expresamente que estamos frente a una decisión automatizada y no parcialmente automatizada. Sin embargo, las demás disposiciones que se mencionan en el artículo 15, siendo estas desde la letra a) hasta la g), recalcan más situaciones en donde el responsable tiene el deber de entregar cierta información, siendo no el único caso una decisión automatizada, generando que también pueda considerarse como un derecho general.

Por último, respecto a este derecho, podríamos decir que es instrumental para el correcto ejercicio de otros derechos, esto nace de la idea de que para potenciar la defensa de los particulares frente a un tratamiento de datos personales, hay que entregarles información suficientes para valorar la conveniencia de usar otros derechos⁷⁵. No obstante a ello, el considerando 63 del Reglamento entrega límites para el ejercicio de este derecho, siendo estos que este derecho “no debe afectar negativamente a los derechos y libertades de terceros, incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual y, en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos”. Esto último cobrará una importancia gigantesca en el siguiente capítulo, pues desde ya debemos recalcar que una regulación excesiva puede generar más deficiencias que beneficios.

⁷⁵ ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp. 53.

El conjunto de derechos que también nacen a partir de las garantías generales son; el “derecho de rectificación” (artículo 16), “derecho de supresión” (artículo 17) y el “derecho a la limitación del tratamiento” (artículo 18). No entraremos en detalle en cada uno de ellos, dado que su aplicación radica exclusivamente en la elaboración de perfiles y no en una decisión automatizada como tal. Pero como idea general, estos derechos apuntan a rectificar aquella información incorrecta en que se basa el algoritmo, impugnando no solo el dato en específico sino la categoría o grupo que determinó el sistema.

El último derecho que queda por exponer es el “derecho de oposición” que propone el artículo 21 del Reglamento, el cual señala que el particular puede oponerse a que el responsable realice un tratamiento de los datos personales en los siguientes supuestos:

(i) Artículo 6 letra e), cuando los datos personales sean objeto de un tratamiento basado en una misión de interés público o en el interés legítimo, incluido la elaboración de perfiles.

El responsable estará obligado a dejar de tratar los datos salvo que pueda demostrar motivos que prevalezcan sobre los intereses, derechos y libertades del interesado⁷⁶.

(ii) Artículo 6 letra h), cuando el tratamiento tenga como finalidad la mercadotecnia directa, incluida la elaboración de perfiles.

En caso que se haga ejercicio de este derecho para esta finalidad, los datos personales utilizados dejarán de ser tratados para dichos fines⁷⁷.

En caso de que se den estos dos supuestos, el responsable debe mencionar explícitamente al interesado detalles sobre este derecho y presentarlos de forma clara y al margen de cualquier otra información al particular. Como se mencionó anteriormente, puede el responsable señalar que hay motivos imperiosos para utilizar determinados datos para el fin que se propone, sin embargo, el RGPD no ofrece ninguna explicación sobre lo que se entiende por “motivos legítimos imperiosos”.

⁷⁶ AEPD. *Derecho de oposición*. [en línea], [sin fecha]. Disponible en: <https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/conoce-tus-derechos/derecho-de-oposicion>.

⁷⁷ Ibid.

El GT29 nos menciona que se puede entender por este tipo de “motivos” que la elaboración de perfiles utilizada puede ser beneficiosa para la sociedad en general y no solo para los intereses comerciales del responsable del tratamiento, por ejemplo para predecir la propagación de una enfermedad contagiosa⁷⁸.

Por último, vale destacar dos puntos importantes de este derecho, el primero es que por regla general cuando estamos frente a dos derechos contrapuestos, se debe realizar una ponderación, por ejemplo, en el caso recién mencionado existe un interés del particular para evitar que se utilicen ciertos datos pero por otro lado están los intereses del responsable. A diferencia de cualquier ponderación que se realiza, el artículo 21 entrega un alto nivel de exigencia para darle la razón al particular, siendo esta que haya un motivo imperioso. En consecuencia, estamos frente a una situación en donde el legislador pretende proteger al particular entregando una mayor protección, elevando el nivel de exigencia⁷⁹.

Por otro lado, el segundo punto es que el artículo 21.2, otorga el derecho incondicional para el interesado de oponerse cuando el tratamiento de datos tenga como objetivo la mercadotecnia. Esto también se encuentra señalado expresamente en el considerando 70 del mismo Reglamento, “Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento, inclusive a la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con dicha mercadotecnia directa, ya sea con respecto a un tratamiento inicial o ulterior, y ello en cualquier momento y sin coste alguno. Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información”⁸⁰.

⁷⁸ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 20, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

⁷⁹ Ibid., pp 21.

⁸⁰ UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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 \(Reglamento general de protección de datos\) \(boe.es\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj)

2.4.2. GARANTÍAS ESPECÍFICAS

A modo de introducción, mucha información que se señalará en este segmento ya fue vista con anterioridad al momento de analizar el artículo 22 en el punto [2.3.](#) de este trabajo. Por eso mismo, el foco que se pretende presentar en esta parte del proyecto es identificar de manera más precisa ciertos puntos que no fueron señalados con el detalle que requieren, como por ejemplo los derechos de los particulares.

2.4.2.1. DERECHOS DEL PARTICULAR QUE SURGEN A PARTIR DE SER SOMETIDO A UNA DECISIÓN PLENAMENTE AUTOMATIZADA POR UN SISTEMA ALGORÍTMICO

Durante todo este trabajo y en especial en el presente capítulo hemos destacado que el artículo 22.1 reconoce un tratamiento específico de datos y al mismo tiempo reconoce al particular el derecho de no ser sometido a una decisión únicamente automatizada que genere efectos jurídicos o consecuencias de grado similar a ellos, a contrario sensu, es posible realizar un tratamiento automatizado siempre y cuando no generen dichas consecuencias.

Retomando el derecho a no ser sometido a estos sistemas, el término “derecho” que se menciona en el precepto legal, “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado (...)”, no significa que este derecho se aplica únicamente de forma activa por parte del responsable, sino que es una prohibición legal, siendo entonces aplicable tanto si el interesado adopta o no una acción relativa al tratamiento de sus datos personales⁸¹.

⁸¹ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 21, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

Ahora bien, tampoco debemos quedarnos con la idea de que el interesado puede aplicar a su libre albedrío este derecho si no que puede ejercerlo en dos situaciones específicas, siendo estas; (i) cuando el responsable no se haya amparado en alguna de las bases jurídicas que el mismo artículo 22.2 desprende (excepciones) y (ii) cuando el responsable habiéndose basado en una de las bases jurídicas previstas no las hubiere justificado conforme a los requisitos que cada excepción requiere. Por ejemplo, no poder probar que efectivamente existió un consentimiento explícito y libre o que no hubo realmente un carácter necesario para la ejecución de un contrato⁸².

Por último, antes de pasar al siguiente derecho debemos aclarar que el derecho a no ser sometido a un tratamiento automatizado es completamente diferente al derecho de oposición (artículo 21 del RGPD).

La primera diferencia que podemos encontrar es que el derecho de oposición se utiliza principalmente en cualquier tratamiento que involucre un sistema de tratamiento de datos, pero no de una forma totalmente automatizada. Entonces, los supuestos para que proceda el derecho de oposición son más amplios que el derecho señalado en el artículo 22. La segunda diferencia que podemos identificar y que es la más notoria, está relacionada con los efectos de cada derecho.

En el ejercicio del derecho de oposición, puede ocurrir en ciertas circunstancias que el responsable pueda seguir tratando los datos personales en caso de que haya un motivo legítimo imperioso. Por el contrario, en caso de que se reconozca que en el tratamiento de datos personales a través de un sistema automatizado no se siguió según las bases legales del artículo 22.2, aquella actuación queda prohibida y genera una infracción en materia de protección de datos. En conclusión, el derecho del artículo 22.1 genera una disposición mucho más rígida que lo que dispone el artículo 21, puesto que no admite que se realice un tratamiento automatizado fuera de las excepciones taxativas que existen.

⁸² PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos*. Revista General de Derecho Administrativo. 2019, pp. 22.

Durante el recorrido de este trabajo hemos sido testigos de que el principio de transparencia es uno de los pilares fundamentales que consagra el Reglamento General, y el cual se destaca por darle una mayor importancia que la Directiva en su momento. Por lo mismo, el segundo derecho que encontramos es el “derecho de información” que se expresa en tres derechos.

Podemos señalar que ya manejamos a la perfección este derecho ya explicado en las garantías generales del Reglamento, pero tenemos que destacar que este derecho de alguna forma aumenta su exigibilidad en los casos que haya una decisión automatizada. Por lo tanto, cuando estemos presente de estos tipos de procesamientos el mismo Reglamento entrega precisiones específicas relacionadas con la información que en su caso el responsable se encuentra obligado a suministrar a los interesados. Es por eso mismo que podemos destacar tres derechos relacionados al principio de transparencia, artículo 13.2. f) 14.2.g) Derechos de información, artículo 15.1. h). Derecho de acceso y lo que se denomina por “garantías adecuadas” (considerando 71)⁸³.

Como fue recién expuesto, el derecho de información se encuentra estipulado expresamente en los artículos 13.2 f) y 14.2.g), en donde exponen que el responsable se encuentra obligado a informar al interesado, “la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.” A partir de esta normativa podemos señalar importantes deberes que el responsable se encuentra obligado a informar al particular, cuestión que enseguida veremos.

El primero de ellos es la existencia de decisiones automatizadas, con esto nos referimos a que cada persona que sea objeto de una decisión automatizada debe ser informado de ello.

⁸³ PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos*. Revista General de Derecho Administrativo. 2019, pp. 23.

El segundo es que el responsable debe entregar al interesado información significativa sobre la lógica aplicada. Cuando hacemos referencia a la información significativa sobre la “lógica aplicada”, el Grupo 29 nos ayuda a esclarecer este concepto al señalarnos que el responsable del tratamiento debe encontrar formas sencillas de informar al interesado acerca de la lógica subyacente o los criterios que se utilizaron para llegar a la decisión. Con esto no nos referimos a que debe haber una explicación compleja sobre la relevación de todo el algoritmo, sino que la información debe ser suficientemente exhaustiva para que el particular puede comprender los motivos detrás de la decisión⁸⁴.

No entraremos en detalle con la información específica que debe entregar el particular, pero ellas se encuentran en la página 35 de las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y la elaboración de perfiles⁸⁵. El tercero respecta a explicar la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento, el cual debemos entenderlo como aquella información sobre el tratamiento previsto o futuro y las consecuencias que puede llegar a tener en el interesado, como por ejemplo, entregándoles ejemplos reales y tangibles⁸⁶. Esto no obsta a que el responsable aproveche la tecnología visual para ilustrar estos efectos.

El segundo derecho que nace del principio de transparencia y propiamente del derecho general de ser informado, es el derecho de acceso del artículo 15.1.h) el cual si somos observadores entrega disposiciones muy parecidas al derecho recién expuesto (artículo 13.2.f y 14.2.g).

Con este derecho no solamente garantiza al interesado el poder ser informado de los tres puntos expuestos anteriormente, sino que además podrá en cualquier momento acceder y conocer. Ahora bien, no debemos olvidar que el derecho a ser informado es

⁸⁴ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 28, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

⁸⁵ Ibid., pp 35.

⁸⁶ Ibid., pp 29.

distinto al derecho de acceso, puesto que el derecho de acceso permite que se amplíe el derecho de información.

Con este ejemplo queda más claro; una persona fue sometida a una decisión automatizada en donde ella misma entregó su consentimiento explícito (artículo 22.2.) se le informa respecto de la lógica utilizada y las consecuencias previstas del tratamiento, cumpliéndose con el deber de información. Sin embargo, ocurre que la persona decide hacer valer el derecho de acceso tiempo⁸⁷ después y ocurre que el responsable ahora tiene mucha más información que al momento de realizar el tratamiento automatizado, el responsable se encuentra obligado a entregar la información tanto antigua como nueva.

Por último, dejamos una serie de derechos que van a ser sumamente importantes para cuando tengamos que analizar el proyecto de ley chileno ya identificado anteriormente. Estamos hablando de ciertas “garantías adecuadas” en caso de que se realice un tratamiento automatizado basándose en el artículo 22, apartado 2, letra a) y c), artículo 22, apartado 3, que exige al responsable aplicar garantías adecuadas para “salvaguardar los derechos, las libertades y los intereses de los interesados”.

Hay que recordar que entonces, inclusive si es que se está cumpliendo con una base jurídica legal, siendo estas las excepciones que indica el artículo 22. 2, aun así va a ser necesario que el responsable entregue ciertas garantías. Además, el mismo artículo en su apartado 2 letra b) entrega la idea de que está permitido el tratamiento automatizado si es que el Derecho de la Unión o de los Estados miembros lo autoriza, pero que de igual manera debe salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.

Es así, como podemos desde ya empezar a tener una idea respecto a lo protector que es el nuevo Reglamento a diferencia de la Directiva 96/94/CE, puesto que el artículo 22 entrega dos derechos ya importantes (de información y de acceso) y en adición a eso,

⁸⁷ El artículo 12, apartado 3 del RGPD entrega los plazos.

exige al responsable ciertas garantías adecuadas. ¿Pero exactamente cuáles son estas garantías? Según el mismo artículo en su apartado 3 podemos identificar que estas garantías que buscan salvaguardar los derechos, libertades e intereses del particular son; mínimo una intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

El GT29 señala expresamente respecto de la intervención humana lo siguiente, “La intervención humana es un elemento clave. Toda revisión debe ser llevada a cabo por una persona con la autorización y capacidad adecuadas para modificar la decisión. El revisor debe llevar a cabo una evaluación completa de todos los datos pertinentes, incluida cualquier información adicional facilitada por el interesado”⁸⁸. Es así, que el interesado tiene la garantía de que su situación va a poder ser revisada por un humano capacitado para ello realizando una revisión de los datos utilizados. Es más, se establece que el interesado puede llegar a entregar incluso cualquier insumo que aporte a que la decisión automatizada fue llevada a cabo errónea y arbitrariamente.

Recordar que cuando hacemos mención a posibles errores que entregan estos sistemas, nos referimos a los errores o desviaciones en los datos recogidos o compartidos que pueden ocurrir y con ello provocando importantes consecuencias negativas para los usuarios como; “clasificaciones incorrectas y evaluaciones basadas en previsiones imprecisas que afecten negativamente a las personas”⁸⁹. Por lo mismo, el GT29 recalca que los responsables del tratamiento deben realizar evaluaciones con frecuencia para que no se produzcan las consecuencias ya descritas.

De la mano con la intervención humana, se agrega también el derecho a impugnar la decisión que debemos entenderlo como la posibilidad que tiene la persona afectada para recurrir la decisión tomada por el sistema al responsable detrás que utilizó esta

⁸⁸ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 30, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

⁸⁹ Ibid.

herramienta en un contexto previo a la vida judicial⁹⁰. Ahora bien, esto no evita a que en caso de que el afectado crea que las respuestas que le entregó el responsable son deficientes o que esté convencido de que sus derechos fueron afectados, el mismo Reglamento en su artículo 77 y 79 detalla las distintas acciones judiciales que puede emprender.

Hasta el momento creemos que hemos sido capaces de ahondar gran parte de los derechos de los particulares y sus principios protectores que amparan el tratamiento de datos. Ahora bien, no hemos entrado en detalle a lo que podemos entender con el “principio de explicación” que fuertemente se ha discutido en la doctrina por la razón de que el mismo artículo 22 no lo señala expresamente pero que el mismo Reglamento en su considerando 71 sí lo hace, “ (...) En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión.”

Nosotros creemos y apostamos por la postura de que sí debemos añadir el derecho de explicación a las garantías adecuadas que se señalan en el artículo 22.1. Si bien no se hace alusión directamente a este derecho, si hacemos una interpretación general de los distintos artículos que hemos visto, en especial con el derecho de impugnar de los particulares, podemos llegar a concluir que el Reglamento lo incorpora en la protección de datos personales. Sin menospreciar que el mismo GT29 señala que, “en “cualquier caso” las garantías recién expuestas también deben incluir “la información específica al interesado y el derecho a obtener (...) una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión”.

Antes de terminar este capítulo, el cual ha servido de gran ayuda para entender desde distintas situaciones los distintos derechos que se ven involucrados, creemos que es

⁹⁰ PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos*. Revista General de Derecho Administrativo. 2019, pp. 34.

importante destacar la situación excepcional que describe el RGPD respecto a tratamiento automatizados y elaboración de perfiles de niños y niñas.

2.4.3. TRATAMIENTO DE DATOS Y ELABORACIÓN DE PERFILES DE NIÑOS Y NIÑAS

El reciente considerando recalca importantes cosas, una de ellas es la prohibición respecto a las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado y la elaboración de perfiles con efectos jurídicos o significativamente similares. No obstante a ello, debemos destacar que los considerandos no cumplen un rol vinculante a diferencia de los artículos del Reglamento, por eso mismo, el mismo GT29 ha sido claro en determinar que esto no es una prohibición absoluta. Es más, impone expresamente lo siguiente, “No obstante, teniendo en cuenta este considerando, el GT29 recomienda que, por lo general, los responsables del tratamiento no se basen en las excepciones del artículo 22, apartado 2, para justificarlo”⁹¹.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, sí se permite que las distintas organizaciones que utilizan estos sistemas puedan tratar los datos personales de niños y que generen efectos jurídicos o significativamente similares en circunstancias excepcionales que lo amerite, como, por ejemplo, para proteger su bienestar. En caso de que ocurra la situación descrita antes, los responsables sí podrán basarse en una de las tres excepciones que se expresan en el artículo 22.2.

Esta protección se puede evidenciar también en el considerando 38, el cual señala, “Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en

⁹¹ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 31, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen **servicios** ofrecidos directamente a un niño (...)”⁹².

Debemos tener en cuenta que es permitido el sistema automatizado y elaboración de perfiles incluso en niños en los casos que no haya efectos jurídicos o significativamente similares. No obstante a eso, estos “servicios” que se destaca en el considerando anterior y que el responsable le puede ofrecer a los niños, estos servicios sí pueden llegar a influir en las elecciones y comportamiento de los niños, generando a que pueda lograrse a producir efectos jurídicos relevantes o significativamente similares. Es por eso mismo, que el responsable debe tener una cautela especial en caso de ofrecer determinados servicios a través de estos sistemas o perfiles elaborados.

Por último, vale agregar que se encuentra completamente prohibido realizar perfiles a niños a través de los sistemas automatizados que tengan como fin la mercadotecnia, pues que como entrega el GT29, los niños representan un grupo vulnerable de la sociedad dado que pueden ser más susceptibles de verse influenciados de manera mucho más fácil⁹³.

En conclusión, podríamos decir que el objetivo principal de este capítulo se cumplió en gran medida porque sí fuimos capaces de hacer un largo recorrido desde las primeras normas que intentaban regular o que propiamente introducían por primera vez el tratamiento de datos, teniendo como foco principal los sistemas automatizados de datos. Del mismo modo, logramos vincular las distintas disposiciones que estas mismas fuentes históricas compartían y que hasta el día de hoy algunas siguen vigentes.

⁹² Negrito de nosotros.

⁹³ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 32, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

En segundo lugar, fuimos capaces de hacer un exhaustivo análisis a las disposiciones que tiene el RGPD en los sistemas automatizados, sus distintas garantías y principios reguladores que tiene. Pudimos realizar un análisis exhaustivo del artículo 22 del Reglamento, sus disposiciones e interpretaciones que sin duda sirvieron para tener un mejor control de manejo de conceptos que se verán reflejados en el siguiente capítulo. Por último, logramos identificar los distintos derechos que entrega el Reglamento dependiendo del tipo de decisión automatizada que tratemos, cosa que será fundamental para analizar críticamente el proyecto de ley chileno a continuación.

CAPÍTULO TERCERO: NUEVO PROYECTO DE LEY CHILENO QUE REGULA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y CREA LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Este capítulo se centrará básicamente en el análisis del nuevo Proyecto de Ley Chileno teniendo como piedra angular su comparación con los estándares internacionales en este tipo de materias. Internaremos encontrar similitudes y diferencias con lo que se propone en el RGDP para posteriormente identificar el impacto que va a tener el proyecto en la sociedad chilena.

Claramente no podemos predecir el futuro, pero lo que sí podemos hacer es tratar de proyectarnos a las complicaciones que va a tener este nuevo proyecto teniendo como foco la regulación que tiene en los sistemas automatizados. Con esto buscamos analizar los derechos involucrados que tiene el proyecto de ley en base a las decisiones de sistemas automatizados y cómo influye que la regulación chilena optara por una redacción distinta a la del Reglamento Europeo.

Por último, debemos aclarar que este nuevo capítulo tiene su foco en la aplicación de los distintos derechos y principios que vimos con anterioridad, por lo tanto, no nos detendremos a explicar lo que significa cada uno de ellos, dado que aquella tarea ya se realizó en los capítulos pasados.

Solamente para tener claro todo el esfuerzo legislativo que ha tenido estos últimos años esta materia en particular, antes de entrar en el análisis de este proyecto, vale simplemente destacar que el derecho de la protección datos personales en Chile hoy en día tiene un rango constitucional en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, esto gracias a la publicación de la Ley 21.096 publicada el 16 de junio del 2018.

Volviendo a lo que conlleva este capítulo, vale explicar un poco el contexto y antecedentes del nuevo Proyecto de Ley Chileno, dado que de ese modo podremos entender de mejor manera la forma en la que se propuso regular los datos personales en los sistemas automatizados.

El Proyecto de Ley partió teniendo dos iniciativas en el año 2017, la primera Moción con Boletín 11.092-07 sobre protección de datos personales, estuvo en manos de los Senadores Pedro Araya, Afonso de Urresti, Alberto Espina, Felipe Harboe y Hernan Larraín, ingresando el proyecto a primer trámite constitucional con fecha el martes 17 de enero de 2017. En este primer proyecto se podía ver que ya se señalaban importantes aspectos respecto a los datos personales, su visión y proyecciones a tener una regulación acorde a los estándares internacionales. Se señaló en este proyecto lo siguiente;

“La globalización y la rápida evolución tecnológica han planteado nuevos retos que no han sido eficazmente asumidos por nuestro país. En efecto, el ingreso de Chile a OCDE en 2010 significó el compromiso de adecuaciones normativas y modificación de marcos legales, entre ellos el de protección de datos, que no se han realizado desde el ingreso de nuestro país a dicha organización, hace ya seis años. La protección de datos resulta indispensable para el desarrollo de una estrategia y agenda digital y para atraer inversión extranjera. Sobre todo, para concebir las múltiples innovaciones tecnológicas con un acento en los derechos humanos.”⁹⁴

⁹⁴ PROYECTO DE LEY. Boletín 11.144-07 pp. 2. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=11403&prmTIPO=INICIATIVA>

Desde ya podemos ver como Chile al ser un país miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (En adelante “OCDE”) el esfuerzo por llegar a tener una regulación a la altura de los demás países miembros ha venido a impulsar la actividad legislativa. Es más, en la cita anterior somos testigos de lo atrasado que se encuentra nuestro país en materias de este tipo, pues recordar que actualmente la ley que regula los datos personales en Chile data del año 1999 (Ley 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada), generando un clima poco favorable para la inversión y un bajo nivel de protección de datos que hoy se requiere. Importante destacar que este proyecto de ley tiene distintos objetivos, siendo uno de ellos atraer inversión extranjera para obtener distintos beneficios, pero sin dejar de lado un ambiente respetable a los derechos humanos.

La segunda Moción, con Boletín 11.144-07 que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales, provino a través del Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, ingresado a trámite el día miércoles 15 de marzo de 2017. A través de este proyecto se seguía prácticamente una idea muy similar a la que apuntaba el proyecto anterior, es más, en ambas se establecía como hecho notorio lo ineficiente que era la actual regulación chilena (Ley 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada). En el primer borrador de proyecto se señalaba lo siguiente:

“Si bien dicha ley constituyó un gran avance al momento de su dictación, es un hecho indiscutido que el acelerado desarrollo tecnológico, la masificación en el uso de las tecnologías de la información, el extendido acceso a internet, la expansión del comercio electrónico, unido a los nuevos desafíos que enfrentan las sociedades y los Estados para reconocer y proteger los derechos de sus ciudadanos, han llevado a que esta normativa haya terminado siendo insuficiente.”⁹⁵

El escenario es claro, la tecnología ha superado con creces a la normativa chilena. Vale destacar que cuando hablamos de los estándares internacionales, hacemos especial

⁹⁵ PROYECTO DE LEY. Boletín 11.144-07 pp. 3. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=11456&prmTIPO=INICIATIVA>

mención a lo que dispone la OCDE y el propio Reglamento General de Datos Personales Europeo. Es más, si bien se señala expresamente en el proyecto antes dicho que dado a que Chile es miembro de la OCDE, este debe cumplir con aquel estándar. Del mismo modo, podemos ver los destinos convenios internacionales que hay entre Chile y otras naciones pioneras en estas regulaciones que también obligan a Chile a estar a la altura.

Si somos más específicos, en el año 2002 Chile celebró un Acuerdo de Asociación con la Unión Europea que incluye un amplio acuerdo de libre comercio. Este acuerdo entró en vigor en marzo de ese mismo año y que posteriormente fue modificado por el Protocolo de Adhesión el año 2004. En este acuerdo se señaló lo siguiente, “*The Parties agree to accord a high level of protection to the processing of personal and other data, compatible with the highest international standards.*”⁹⁶ Se señaló que ambas partes acordaron conceder un alto nivel de protección en el tratamiento de datos personales y de cualquier otro tipo, compatible con las normas internacionales más estrictas, siendo hoy en día el RGPD europeo.

Retomando entonces a lo que conlleva esta primera parte, los dos proyectos de ley compartían una serie de principios y propuestas que apuntaban a un mismo fin y bien común. Por ese motivo se decidió juntar ambos proyectos en marzo del 2018 en el Primer Informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, boletines refundidos N°11.092 y 11.144- 07⁹⁷.

En este primer proyecto se tuvo como objetivo general perfeccionar las normas que regulan el tratamiento de datos personales de las personas naturales, de modo que se realice siempre y cuando se tenga el consentimiento del titular o la misma ley lo autorice,

⁹⁶ CHILE. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Decreto Supremo N°28 que promulga el Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus estados miembros. 2003. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f83a503c-fa20-4b3a-9535-f1074175eaf0.0004.02/DOC_2&format=PDF

⁹⁷COMISIÓN CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO (CCLJRS). Primer Informe sobre el Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Boletines 11.144-07 y 11.092-07, refundidos). Marzo del 2018. Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=20261&prmTIPO=INFORMEPLY>

resguardando siempre importantes garantías como lo es el de calidad, información y transparencia y seguridad. De la mano con esto se decidió crear también la Agencia de Protección de Datos Personales, organismo público que tiene como objeto velar por la protección de los datos personales⁹⁸.

3.1. SISTEMAS AUTOMATIZADOS EN EL NUEVO PROYECTO DE LEY

El nuevo proyecto de ley chileno tiene consigo distintos focos y objetivos específicos. Entre estos podríamos encontrar regular de cierta manera las distintas operaciones que involucren un tratamiento de datos entre agentes privados y públicos, dotar al país de una legislación moderna y flexible basado en los estándares internacionales, definir modelos regulatorios, condiciones operacionales y un marco institucional en el tratamiento de datos por parte de organismos públicos protegiendo los derechos de los ciudadanos, etc.

Ahora bien, el tratamiento de datos automatizados no pasó desapercibido al momento de realizar el proyecto de ley chileno, sino todo lo contrario, el proyecto contiene importantes normativas que regulan a los sistemas automatizados. Vale destacar desde ya, que una regulación sumamente restrictiva puede generar diversas consecuencias para ciertos sectores en específicos, pero por otro lado, una regulación sumamente amplia y poco certera traería también muchos riesgos. Frente a esto, tendremos un foco especial a la disposición del artículo 8 bis que durante el transcurso de su redacción tuvo importantes cambios, teniendo como resultado final el que se presentará a continuación.

3.1.1. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 8 BIS

Durante el transcurso del proyecto, esta norma en particular tuvo distintas formulaciones, conceptos, excepciones, entre muchas otras cosas. En un inicio, cuando se presentó por primera vez el proyecto de ley, en su mensaje N°001-365 Boletín 11.144-07, no se redactó una norma completa y específica si no que podríamos determinarla como una primera idea general en la regulación de datos frente a los sistemas automatizados en Chile.

⁹⁸ Ibid., pp 4.

En su artículo 15 ter se determinó que era posible realizar procedimientos automatizados de tratamiento en las transferencias de grandes volúmenes de datos y a su vez se señaló también respecto de las decisiones automatizadas lo siguiente;

“El titular de datos tiene derecho a solicitar al responsable que ninguna decisión que le afecte de manera significativa se adopte exclusivamente basada en el tratamiento automatizado de sus datos, salvo que sea necesario para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable, exista consentimiento previo y explícito del titular o lo disponga la ley.”⁹⁹

Podríamos claramente encontrar grandes consecuencias a raíz de esta disposición que sin duda alguna se escapa de cualquier estándar internacional. Esto nace ya sea por la poca urgencia en determinar qué derechos exactamente van a velar por la protección del interesado, es más, ni siquiera se determina el derecho de impugnar u oponerse a la decisión automatizada si no que solamente se le entrega al particular la facultad de solicitarle al responsable que no la tome en cuenta.

Posteriormente, a medida que fue avanzando el proyecto (y con esto la unión de dos proyectos con fines comunes), se siguieron los avances en el desarrollo de esta materia. Es así como ya en marzo del año 2020, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento presentó al Senado el segundo informe del proyecto el cual contenía la siguiente modificación y que proponía lo siguiente;

Artículo 8° bis.- Derecho de oposición a valoraciones personales automatizadas. El titular de datos tiene derecho a oponerse a que el responsable adopte decisiones que le conciernan, basadas únicamente en el hecho de realizarse a través de un tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles. El titular no podrá ejercer este derecho de oposición en los siguientes casos: a) Cuando la decisión del responsable sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el

⁹⁹ PROYECTO DE LEY. Boletín 11.144-07 pp. 24. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=11456&prmTIPO=INICIATIVA>

titular y el responsable; b) Cuando exista consentimiento previo y expreso del titular, y c) Cuando lo disponga la ley. En los casos de las letras a) y b) del inciso anterior, el responsable deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos del titular, en particular el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a solicitar la revisión de la decisión¹⁰⁰.

Respecto a esta nueva propuesta, siendo objetivamente críticos podríamos encontrar varios defectos, en primer lugar, estamos frente a una disposición poco clara, en el sentido de que se establece que el titular de datos va a tener el derecho a oponerse a decisiones únicamente automatizadas que para él le “conciernan”. Es decir, la norma claramente no entrega el carácter de importancia que debería tener el derecho de oposición frente a decisiones automatizadas, puesto que dispone que será facultativo aplicarlo a situaciones que al particular le conciernan, no frente a situaciones que se puedan calificar objetivamente como graves.

En segundo lugar, sí podríamos destacar que el artículo anterior le entrega al particular la protección de que el responsable tendrá que adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos del titular como lo es la intervención humana, expresar su punto de vista y a solicitar la revisión. Sin embargo, deja claro que esto es solamente para los supuestos a) y b), dejando de lado que también hayan medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades en el supuesto c).

Sin perjuicio de ello, podríamos destacar que este artículo pone su enfoque en el derecho de oposición y los derechos antes expuestos en un contexto que estemos frente a una decisión únicamente automatizada, excluyendo a las decisiones parcialmente automatizadas. Ya podemos adelantar que, si bien el artículo anterior puede ser mejorado, tiene aspectos que ayudan a que haya un buen equilibrio entre los derechos de los particulares y la innovación tecnológica como tal, puesto que tener una regulación sumamente estricta es contraproducente para los nuevos avances tecnológicos.

¹⁰⁰ COMISIÓN CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO (CCLJRS). Segundo Informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Marzo del 2020. pp 495. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=22261&prmTIPO=INFORMEPLY>

Desde aquel año (2020) hasta ahora se realizó un importante cambio a este artículo, siendo este el que se realizó en marzo del 2023 que se presentó ante la honorable cámara el informe de la Comisión de la Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el segundo trámite constitucional y primero reglamentario, con urgencia suma Boletines N°s 11.144-07 y 11.092-07.

En aquella oportunidad se realizaron dos indicaciones para reformular el artículo, siendo la primera propuesta por el diputado señores Leonardo Soto y Calisto el cual buscaba reemplazar el artículo por uno completamente nuevo. No lo citaremos textualmente dado que lo importante acá es presentar los elementos que se pretendía cambiar, siendo estos; reemplazar la palabra “concierno” e introducir que las decisiones automatizadas debían producir “efectos jurídicos” o “significativamente de modo similar”; entregaba la idea de que debíamos estar frente a “decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos”; introducía también que no iba a ser posible realizar un tratamiento basado en datos sensibles, incluso en las excepciones que mencionaba a menos que sea la ley la que lo permita y se tomaran las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos de los interesados¹⁰¹.

Por otro lado, existió otra indicación, pero por parte de los diputados señor Leonardo Soto y señorita Karol Cariola que podríamos decir que a grandes rasgos compartían propuestas similares sólo que habían diferencias importantes entre estas dos. Dentro de aquellas, la primera gran diferencia es que se optó por borrar la palabra “únicamente” al momento de determinar el tratamiento automatizado, generando la siguiente disposición; “El titular de datos tiene derecho oponerse y a no ser objeto de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente.”¹⁰² En consecuencia, esta propuesta entrega la base de que se consideran tanto las decisiones completamente automatizadas como las que sí tuvo participación un ser humano.

¹⁰¹ COMISIÓN CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO (CCLJRD). Primer Informe recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Marzo del 2023. Pp. 207. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=25447&prmTIPO=INFORMEPLY>

¹⁰² Ibid., pp 208.

Podemos decir que con esta redacción el espectro de aplicación de garantías que protegen los datos personales se agranda exponencialmente, esto ocurre porque estamos dándole la facultad al titular de datos que pueda incluso aplicar tanto el derecho de oposición como el derecho a no ser sujeto a una decisión automatizada que haya tenido gran participación humana.

Cuando llegó el momento de votar ambas indicaciones, se votó a favor de la segunda propuesta del señor Leonardo Soto y la señorita Karol Cariola por (5-0-0), en consecuencia. Vale destacar la razón que nos entrega la historia de la ley de por qué se decidió dejar afuera del artículo la palabra “únicamente”, para luego así poder tener una idea clara de la razón de crear una norma sumamente garantista como la que se propone.

Según el mismo informe, la asesora del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia de Chile (Segpgress) explicó en su momento que se optó por eliminar la palabra “únicamente” con el propósito de ampliar el derecho de oposición para que incluso se pueda aplicar cuando haya una decisión con o sin participación humana¹⁰³. Claramente en su momento no se pensó por las distintas complicaciones que se tiene al introducir también a las decisiones parcialmente automatizadas, generando una carga excesiva al responsable para tener que incluso justificarse frente a aquellas decisiones.

El análisis que se dará a conocer a continuación tendrá la siguiente metodología, en primer lugar veremos cómo está redactado el artículo y sus características esenciales. En segundo lugar, haremos una comparación con el artículo 22 del RGPD con el fin de encontrar las diferencias y semejanzas que tiene. A medida que vayamos avanzando con el trabajo, presentaremos con argumentos sólidos las deficiencias que tiene la nueva propuesta de ley.

¹⁰³ Ibid.

3.1.2. ARTÍCULO 8 BIS- PROYECTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL 8 DE MAYO DEL 2023

3.1.2.1. REDACCIÓN ARTÍCULO 8 BIS: ANÁLISIS ESPECÍFICO

En marzo del 2023 se presentó ante la honorable cámara el informe de la Comisión de la Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el segundo trámite constitucional y primero reglamentario, con urgencia suma Boletines N°s 11.144-07 y 11.092-07 el cual presentó el artículo 8 bis del proyecto como el siguiente;

“Artículo 8° bis.- Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. El titular de datos tiene derecho oponerse y a no ser objeto de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente.

El inciso anterior no se aplicará en los siguientes casos:

- a) Cuando la decisión sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable.
- b) Cuando exista consentimiento previo y expreso del titular en la forma prescrita en el artículo 12.
- c) Cuando lo señale la ley, en la medida en que ésta disponga el empleo de salvaguardas a los derechos y libertades del titular.

En todos los casos de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos personales, inclusive aquellos señalados en las letras a), b) y c) precedentes, el responsable deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos, libertades del titular, su derecho a la información y transparencia, el derecho a obtener una explicación, la intervención humana, a expresar su punto de vista y a solicitar la revisión de la decisión.”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Ibid., 452.

Iremos analizando cada inciso y apartado de forma separada para después realizar un análisis general del proyecto. Vale mencionar desde ya que el proyecto se encuentra actualmente detenido en el tercer trámite constitucional en el Senado, puesto que de acuerdo a las necesidades del órgano legislador ha habido otras materias con mayor prioridad que este proyecto.

Retomando el análisis, con respecto al primer inciso podemos identificar que el enunciado se refiere tanto a las decisiones automatizadas como la elaboración de perfiles, cuestión que creemos que regular aquellas dos materias en conjunto tiene lógica dado que puede ocurrir que bajo un mismo sistema automatizado hayan tanto elaboraciones de perfiles como decisiones automatizadas.

Recordar que estamos frente a una elaboración de perfil cuando son evaluados aspectos formales para elaborar predicciones sobre una persona, incluso si es que no se termina tomando alguna decisión. Por ejemplo, si una empresa u organización evalúa las características de una persona (como la edad, el sexo, la altura) o la incluye en una categoría, estaríamos frente a una elaboración de perfil¹⁰⁵.

Posteriormente se señala que “El titular de datos tiene derecho oponerse y a no ser objeto de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles”. Frente a esta redacción podemos señalar muchas cosas, siendo la primera que el artículo de inmediato entrega el derecho a oponerse tanto a las decisiones automatizadas como a las elaboraciones de perfiles.

Ahora bien, no solamente señala que los particulares tendrán derecho a oponerse si no que también tendrán el derecho a no verse sometidos a una elaboración de perfil o a una decisión automatizada. Frente a esto podemos identificar importantes consecuencias, siendo esta que mezcla el derecho de oposición con el de no verse

¹⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA. ¿Puedo estar sujeto a decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles? [en línea] [sin fecha]. Disponible en: https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/my-rights/can-i-be-subject-automated-individual-decision-making-including-profiling_es

sometido a una decisión automatizada, puesto que entrega literal los mismos supuestos para poder aplicar tanto uno como el otro.

De la mano con lo recién mencionado, el artículo menciona de manera general a las decisiones automatizadas, es decir, no realiza una distinción entre si es “únicamente automatizada” o “parcialmente automatizada”. Con esto en mente se genera un importante campo de aplicación de los derechos de oposición y a no verse sometido a una decisión automatizada, pues se evidencia que el legislador determinó que el actuar humano no entrega una garantía para los titulares de datos, puesto que prefirió incluso incluir a aquellas decisiones que sí hubieren tenido participación humana. En otras palabras, el legislador prohíbe al responsable a realizar cualquier tratamiento que tenga participación de algoritmos que entreguen una decisión, incluso si es que un humano participa en ella teniendo hasta la decisión final.

Posteriormente señala dos importantes conceptos que se relacionan entre sí y que tienen una aplicación fundamental en este artículo, esto es que las decisiones basadas en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles, “que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente”. Esto entrega una importante idea de que el derecho de oposición y el derecho a no ser sometido a una decisión automatizada va a poder aplicarse siempre y cuando existan consecuencias serias. Este cambio realizado sin duda alguna entregó una mayor certeza jurídicas respecto a la propuesta que se tenía anteriormente con, “El titular de datos tiene derecho a oponerse a que el responsable adopte decisiones que le conciernan”, ósea claramente el legislador entregaba una laguna enorme y sin certeza a que prácticamente al interesado tendría la facultad de determinar cuándo se aplica o no esta facultad según sus intereses.

Vale destacar también que en ningún momento en el informe que se presentó el proyecto se define lo que se entiende con “efectos jurídicos” o “significativamente”. Por ese motivo, se debiese seguir la misma lógica que entrega el GT 29. Entonces, por “efectos jurídicos” se debiese entender por derechos que pueden ser afectados, como la libertad de asociarse con otras personas, de votar en unas elecciones o de entablar acciones

legales¹⁰⁶ y con respecto a “significativamente” cuando no se produzca ningún cambio en sus obligaciones o derechos jurídicos, pero aun así el titular de los datos puede verse suficientemente afectado¹⁰⁷.

En el segundo enunciado, el artículo entrega las excepciones para cuando el responsable sí podrá utilizar un tratamiento de datos automatizados con efectos jurídicos o significativamente similares en el titular. Estos se podrían resumir básicamente cuando; a) la decisión sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y responsable; b) Cuando exista un consentimiento previo y expreso del titular en la forma prescrita en el artículo 12; c) Cuando lo señale la ley, en la medida en que ésta disponga el empleo de salvaguardas a los derechos y libertades del titular.

Frente a la lógica de que existe un principio de prohibición general por parte del artículo 8 bis a que las personas no pueden ser objeto de una decisión en donde haya habido un sistema de algoritmos, o que incluso habiendo participado un humano y con una participación relevante en el proceso como lo sería la decisión final, creemos que podrían considerarse excepciones más amplias y no tan específicas. A modo de ejemplo, una empresa en donde se utiliza un sistema automatizado de datos, pero solamente con el fin de recopilar los datos y ordenarlos basándose plenamente en datos cuantitativos y no personales, con el objetivo que al final sea una persona la que decida qué hacer con esas respuestas del sistema, la empresa va a requerir que haya un contrato y un consentimiento explícito solo por el hecho de haber utilizado el sistema automatizado para la recolección y ordenamiento de datos cuantitativos.

Finalmente, en el tercer y último inciso a juicio nuestro esta disposición es la que tiene el carácter más sobreprotector de los derechos de los particulares frente a un tratamiento específico de datos como lo son los sistemas automatizados. En este último inciso se presenta que inclusive en aquellos casos que se permita el tratamiento automatizado

¹⁰⁶ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 23, Disponible en <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

¹⁰⁷ Ibid.

basándose en una de las excepciones a), b) y c), aun así el responsable deberá cumplir con una serie de obligaciones.

Conforme a estas obligaciones que deberá soportar el responsable si quiere actuar de acuerdo a la ley, en estas podemos encontrar; “medidas necesarias para asegurar los derechos, libertades del titular”, “derecho a la información y transparencia”, “derecho a obtener una explicación”, “intervención humana”, “expresar por parte del titular de datos su punto de vista” y “solicitar la revisión de la decisión”. Todas estas las vimos con detalle en el capítulo pasado y fuimos testigos de las importantes cargas que está sometido el responsable con sus deberes de información y actuación.

Prácticamente estamos frente a un catálogo de derechos¹⁰⁸ que el titular podrá ejercer en caso de que considere que se vulneraron sus derechos, sin considerar que además de todos los recién mencionados también tiene el derecho a oponerse. Si somos aún más críticos, el responsable aun teniendo el consentimiento explícito del interesado y habiendo realizado una decisión parcialmente automatizada, éste tendrá la obligación de tener que responder en caso de que el titular de datos quisiera ejercer uno de los distintos derechos que entrega este inciso.

Es más, en la práctica ocurre que no tiene mucho sentido establecer ciertos derechos para garantías que el mismo artículo ya entrega, un ejemplo de esto es con el derecho a solicitar una intervención humana. Puede ocurrir que en una decisión parcialmente automatizada, esta ya haya tenido un alto grado de participación humana. Es por eso mismo que en ciertos casos se le podría solicitar al responsable realizar una doble revisión en una decisión automatizada en donde ya se entregó la garantía y la certeza de la participación de un humano.

En este último inciso, también podemos encontrar que se le entrega al particular expresamente el “derecho a una explicación”, derecho que nuevamente implica aún más

¹⁰⁸ COMISIÓN CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO (CCLJRD). Primer Informe recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Marzo del 2023. pp. 447. Disponible en:
<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmlD=25447&prmTIPO=INFORMEPLY>

cargas al responsable siendo innecesaria en ciertas situaciones fácticas. Esto ocurre porque al responsable en el mismo inciso ya se le entrega el derecho a “información y transparencia”, es decir, el responsable del tratamiento ya se encuentra obligado a transparentar su actuar y la debida información, generando que en la práctica una abundancia de derechos genera una limitación y poca eficiencia entre cada uno.

3.1.2.2. REDACCIÓN ARTÍCULO 8 BIS: ANÁLISIS GENERAL

A nuestro juicio, el artículo 8 bis entrega ciertas innovaciones importantes pero que contiene más errores que generan una deficiente regulación en la práctica más que beneficios. Respecto a lo bueno que se puede rescatar de este artículo es que consagra como por ejemplo explícitamente el derecho a la explicación por parte del responsable. Sin embargo, creemos que aquel derecho debería ocuparse para casos específicos donde realmente exista una posible vulneración de derechos en materia de datos personales. Creemos firmemente que los sistemas automatizados si son ocupados de una mala manera pueden llegar a realizar actuaciones graves como decisiones que contengan sesgos o discriminaciones. Ahora bien, la forma en la que se encuentra redactado el artículo 8 bis trata de regular de una forma excesiva el impedimento de estos posibles casos vulnerando en su camino otros derechos igual de importantes que el de los particulares.

El artículo 8 bis entrega una prohibición general a no ser objeto de una decisión basada en el tratamiento automatizado de datos, esto de partida agrava en gran medida el balance de derechos que tienen que haber entre los del interesado y los del responsable del tratamiento. Pues al borrar del proyecto la palabra “únicamente”, entrega una prohibición general por parte de los particulares en utilizar sistemas automatizados inclusive en los casos donde haya una intervención participativa de un humano y que el sistema simplemente se utilizó para obtener determinadas respuestas que no influyeron en la decisión final adoptada por una persona. Esto genera grandes cargas para los responsables de los datos aún sin considerar la gama de derechos que entrega en el tercer inciso del artículo que por si ya fuera poco poder oponerse a una decisión tomada por un humano y al mismo tiempo que se esté cumpliendo con una base legal de las

excepciones a), b) y c), el particular podrá solicitar la explicación, la intervención humana (ya habiendo), expresar su punto de vista y solicitar la revisión de la decisión.

Con respecto al artículo creemos que proponer un amplio catálogo de datos no necesariamente entrega una mayor seguridad para los consumidores o titulares de derecho frente a un tratamiento de datos personales. El pasado 27 de noviembre de este mismo año se estrenó el primer borrador (CCPA) de la California Privacy Protection Agency sentando importantes bases respecto al uso de inteligencia artificial, el cual tiene como propósito otorgar a los californianos los derechos de privacidad en línea según esta organización más sólidos del mundo, incluida la protección de información personal confidencial y triplicará las multas contra las empresas que no cumplan el tratamiento adecuado de los datos en los niños, entre muchas otras cosas.

Esta ley con respecto al sistema automatizado señala lo siguiente, *“Issuing regulations governing access and opt-out rights with respect to businesses’ use of automated decisionmaking technology, including profiling and requiring businesses’ response to access requests to include meaningful information about the logic involved in those decisionmaking processes, as well as a description of the likely outcome of the process with respect to the consumer.”*¹⁰⁹ A resumidas cuentas expresa que frente a un tratamiento de datos personales mediante decisiones automatizadas (ADMT), la empresa deberá primero entregarle al consumidor información sobre la lógica que ocupó el sistema algorítmico y el grado de afectación en la decisión. Además, entrega la posibilidad de no ser parte de estos sistemas lo que se entiende por “exclusión voluntaria”¹¹⁰.

Si bien esta regulación no distingue si estamos frente a una plenamente automatizada o parcialmente automatizada, el artículo apunta a tener una visión a una regulación en donde existe un alto grado de información para el consumidor, mas no se enfoca

¹⁰⁹ CPRA Resource Center. *Yes on Prop 24* [en línea], 2021. Disponible en: <https://www.caprivacy.org/annotated-cpra-text-with-ccpa-changes/#section14>

¹¹⁰ ANDREWS, C., 2023. CPPA releases initial Automated Decision-making Rules proposal. *International Association of Privacy Professionals* [en línea]. 29 noviembre 2023. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/what-you-need-to-know-about-the-cppas-proposed-automated-decision-making-rules/>

derechamente en los distintos derechos que puede haber para excluir, impugnar u oponerse a la decisión en su caso. Es por ese motivo que el artículo 8 bis entrega de manera general una regulación sobreprotectora cuando en la realidad al cumplirse con ciertos principios como lo es el de información, transparencia, acceso, etc, ya quedan amparadas todas esas garantías.

3.2. COMPARACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 8 BIS DEL PROYECTO DE LEY CHILENO Y EL ARTÍCULO 22 DEL REGLAMENTO GENERAL DE DATOS PERSONALES

En un inicio de este trabajo, nos propusimos realizar un estudio exhaustivo del artículo 22 del RGPD para que fuéramos capaces de entender distintos, conceptos y principios que se plasman en esta regulación internacional. Fue posible ver cada elemento que lo componía, los derechos involucrados y las distintas obligaciones que este nuevo estándar internacional le imponía al responsable. Todo esto estaba pensado para que al momento de analizar el artículo 8 bis del proyecto de ley chileno, ya pudiéramos manejar de forma correcta los distintos elementos que lo componen y así entender a qué se refiere derechamente con cada palabra utilizada.

Vale destacar que esta parte del trabajo tendrá como objetivo específico realizar una comparación entre estos dos artículos para realmente llegar a determinar si respecto a los sistemas automatizados el proyecto de ley cumple o no con el estándar internacional.

Desde ya debemos mencionar que no necesariamente porque el proyecto chileno contenga una redacción distinta al del artículo 22 significa que no logra llegar al estándar y eficiencia necesaria, esto radica a que Chile tiene una realidad totalmente distinta a la que viven los demás países europeos, por lo tanto puede entenderse que tampoco sea totalmente igual a aquella normativa. De la mano con esto, el RGPD empezó a regir desde el año 2018 y el proyecto de ley chileno estando a finales del 2023, sigue en estado de trámite y pausado en el tercer trámite constitucional. Por lo tanto, han pasado ya casi 6 años desde que empezó a regir el Reglamento, y en esos 6 años el legislador chileno pudo ser testigo de si realmente cada disposición es o no la adecuada en la práctica.

A continuación, el siguiente análisis constará de ir comparando ambos artículos para ir viendo cuales son las diferencias y similitudes que tienen entre sí. Vale destacar que para ciertos conceptos que compartan y que pueda con ello significar importantes consecuencias, nos basaremos en lo que señala el GT29 dado que cumple un importante rol interpretador fundamental en el RGPD. Además, dentro del último informe del proyecto chileno que realizó hartos cambios estructurales en la propuesta, en 29 ocasiones se hace mención a que deberíamos adecuar determinado artículo “x” conforme al RGPD, por lo tanto, tiene sentido basarse en lo que señala el GT29.

En primer lugar, podemos decir que la principal diferencia que hay entre ambos artículos es que el artículo 22 hace énfasis en que, “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada **únicamente** en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles”¹¹¹ mientras que el artículo 8 bis recalca la misma idea de prohibición general, pero agrega el derecho a oposición y que no necesariamente tienen que ser decisiones únicamente automatizadas. En efecto, puede haber intervención humana en el proceso y no ser objeto a tratamiento. Creemos que esta es la mayor diferencia entre ambos artículos por lo que amerita detenerse para explicar ciertos puntos.

Si recordamos elementos que vimos en un inicio, los sistemas de toma de decisiones automatizadas tienen como principal objetivo detectar patrones de conducta y correlaciones en los datos del perfil de la persona para realizar inferencias y adoptar decisiones precisas¹¹². Claramente con lo delicado que puede llegar a ser entregarle a una máquina una serie de datos para que ella sea la que tome la decisión final, trae consigo importantes peligros de discriminación o sesgos que pueden generar grandes consecuencias, esto porque los mismos datos son los que pueden contener estas falencias. Es por ese caso lógico que ambas disposiciones entregan el derecho a no ser objeto a una decisión totalmente automatizada.

¹¹¹ Negrita lo pusimos nosotros.

¹¹² PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*. Editorial DYKINSON. 2022, pp. 61.

El problema que realmente ocurre es que el proyecto chileno desconfía de la intervención humana, aun así, siendo significativa en el tratamiento de datos que lo llevó a tomar determinada decisión. Hay que recordar que para que la decisión no sea únicamente automatizada debe haber una intervención importante y no solamente simbólica¹¹³. Es por eso mismo que el proyecto de ley asume la lógica de que los supervisores humanos de los sistemas automatizados de datos son sesgados por la misma automatización del sistema, dejándose llevar por lo que le recomienda y entrega la máquina.¹¹⁴

Nosotros sostenemos que las decisiones completamente automatizadas y que generan efectos jurídicos relevantes o similares y sin considerar las excepciones legales, sí debieran estar prohibidas. El problema nace al señalar que las decisiones parcialmente automatizadas también van a estar sujeta a la misma prohibición, esto produce un desincentivo para que el responsable tenga que adoptar una intervención humana, dado que al estar en la misma prohibición que una plenamente automatizada, va a preferir ahorrar costos y dejar que la máquina realice todo el trabajo. Abriéndose a que puedan ocurrir más casos de discriminación y sesgos en las decisiones al dejar de lado la intervención humana.

Otra gran diferencia que nace entre estos dos artículos pero que se produce por la misma lógica de haber borrado del enunciado la palabra “únicamente”, es el catálogo de derechos que se entrega al particular. Conforme al RGPD, existe una diferenciación entre los derechos aplicable a determinada circunstancia, siendo esta si la decisión fue o no totalmente automatizada¹¹⁵. El mismo reglamento realiza la tarea de entregar derechos específicos al titular de los datos si este ha sido sometido a una decisión completamente automatizada. Sin embargo, el artículo 8 bis realiza una ampliación de

¹¹³ ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, pp. 23, Disponible en:

<https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

¹¹⁴ OXFORD UNIVERSITY PRESS. *La cuestionable necesidad de un nuevo derecho humano frente a la toma de decisiones automatizada*. Volumen N°31, 2023. [en línea] Disponible en: <https://academic.oup.com/ijlit/article/31/2/114/7227602>

¹¹⁵ Ver tabla de derechos respecto a decisiones automatizadas en la sección 2.4.

estos derechos de una manera significativa, siendo posible ver en el último inciso varios derechos que en el RGPD solamente son aplicables para las decisiones totalmente automatizadas.

Con esto podemos señalar que una regulación que entrega un alta gama de derechos en un mismo caso lo único que genera es que haya una falta de claridad respecto a la utilización de cada derecho. En este caso, el artículo 8 bis señala en su último enunciado que las personas tendrán derecho a revisión por parte de un ser humano. De acuerdo a la redacción y omisión de la palabra “únicamente automatizadas”, va a ocurrir que el responsable por más que haya utilizado a una persona al momento de tomar la decisión, el interesado va a poder volver a solicitar la intervención humana para explicar la decisión generando al responsable otro perjuicio.

Otro tema importante respecto a la cantidad de derechos que entrega el artículo 8 bis y que va a generar posibles consecuencias negativas es que puede existir un abuso de derechos por parte del interesado. Prácticamente lo que señala el artículo 8 bis es que cualquier sistema automatizado que ocupe el responsable y con esto la decisión que se tome ya sea con o sin intervención humana, basándose en las excepciones legales a), b) y c), aun con eso en mente el titular va a poder solicitar su derecho a la información y transparencia, el derecho a obtener una explicación, la intervención humana, a expresar su punto de vista y a solicitar la revisión de la decisión. Creemos que frente a una decisión completamente automatizada sí tendría sentido, pero en el caso de una no automatizada se generan más perjuicios hacia el responsable que un equilibrio de derechos.

Por último, otro tema importante a destacar es que no sirve de nada una regulación que frene a la innovación. En ese sentido, lo que esto significa en el caso de las decisiones automatizadas es que si se imponen requisitos procesales adicionales a los proveedores e implementadores de estos sistemas, con el solo fin de poder garantizar el buen funcionamiento efectivo de normas sustantivas en materia de protección de datos, no discriminación y derechos humanos, lo que ocurre es a estos actores se le impedirá aprovechar al máximo estos sistemas, incluso de manera que puedan beneficiar a las

sociedades¹¹⁶. Es por ese motivo que teniendo este tipo de regulación lo único que genera es que se contradiga con los objetivos fundamentales del proyecto, los cuales apuntaban a que “(...) La protección de datos resulta indispensable para el desarrollo de una estrategia y agenda digital y para atraer inversión extranjera. Sobre todo, para concebir las múltiples innovaciones tecnológicas con un acento en los derechos humanos.”¹¹⁷

3.2.1 EXPECTATIVA INTERNACIONAL Y RECOMENDACIONES

Como fue expuesto anteriormente, no cabe duda de que los casos de ADM pueden acarrear una serie de riesgos, tales como riesgos operativos, riesgos de transparencia, riesgos de explicabilidad, riesgos de discriminación, entre otros riesgos. Pero tampoco podemos dejar de lado los importantes beneficios que traen estos sistemas, tanto para las organizaciones como para las personas. Estos beneficios pueden verse en muchos sectores, tales como la atención médica, la educación, los servicios financieros y el marketing. Además de eso, pueden ayudar a tomar decisiones más rápidas y consistentes, especial en los casos donde es necesario analizar un gran volumen de datos y tomar decisiones muy rápidamente, tarea casi imposible para los humanos hoy en día.¹¹⁸

Por ese motivo, una regulación que traiga una excesiva carga para los responsables o que derechamente impida que siga habiendo un crecimiento en la innovación, afecta gravemente a todos la utilidad y aprovechamiento que podemos obtener de estos sistemas. A mayor abundamiento, no es coincidencia que importantes regulaciones internacionales optaran por seguir la lógica del RGPD en el sentido de prohibir

¹¹⁶ OXFORD UNIVERSITY PRESS. *La cuestionable necesidad de un nuevo derecho humano frente a la toma de decisiones automatizada*. Volumen N°31, 2023. [en línea] Disponible en: <https://academic.oup.com/ijlit/article/31/2/114/7227602>

¹¹⁷ PROYECTO DE LEY. Boletín 11.144-07 pp. 2. Disponible en:

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=11456&prmTIPO=INICIATIVA>

¹¹⁸ ICO, What is automated individual decision-making and profiling? ICO [en línea]. Disponible en: <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/individual-rights/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/#:~:text=They%20can%20lead%20to%20quicker,and%20decisions%20made%20very%20quickly.>

decisiones completamente automatizadas (sin considerar las excepciones que tiene cada disposición legal).

Tenemos la Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD) N° 13.709/2018 de Brasil, (*Brasil Lei Geral de proteção de Dados*) la cual señala en su artículo 20 lo siguiente, “El interesado tiene derecho a solicitar la revisión de las decisiones tomadas únicamente sobre la base del procesamiento automatizado de datos personales que afecten sus intereses, incluidas las decisiones destinadas a definir su perfil personal, profesional, de consumo y crediticio. o aspectos de tu personalidad.”¹¹⁹

En este mismo sentido, encontramos distintos estados de Estados Unidos que también optaron por regular de forma estricta las decisiones plenamente automatizadas, tal como el Estado de Connecticut, a través del “*Act Concerning Personal Data Privacy and Online Monitoring*”, el cual señala que el interesado tendrá derecho a oponerse a, “*profiling in furtherance of solely automated decisions that produce legal or similarly significant effects concerning the consumer.*”¹²⁰

Otro caso es el de Quebec Canadá con el proyecto de Ley 64 que apunta a regular una amplia variedad de sistemas automatizados que tenga por aplicación una ADM, pero enfocado en las decisiones totalmente automatizada¹²¹.

Según el *Future of Privacy Forum* (FPF), en su “Informe: “Toma de decisiones automatizada según el RGPD: Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia”, el cual consta de análisis completo que abarca 70 sentencias, explica que para que una decisión automatizada pueda tener el carácter de parcialmente automatizada debe haber las siguientes actuaciones por parte del responsable:

¹¹⁹ Ley General de Protección de Datos Personales N° 13.709, de agosto de 2018. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm

¹²⁰ State of Connecticut General Assembly. February 2022 pp 9. "AN ACT CONCERNING PERSONAL DATA PRIVACY AND ONLINE MONITORING." Disponible en: <https://www.cga.ct.gov/2022/amd/S/pdf/2022SB-00006-R00SA-AMD.pdf>

¹²¹ GESSER, A., 2022. New Automated Decision-Making Laws: Four Tips for compliance – Debevoise Data blog. [en línea]. Disponible en: <https://www.debevoisedatablog.com/2022/06/25/new-automated-decision-making-laws-four-tips-for-compliance/>.

“(i) se adoptan medidas organizativas para garantizar una participación humana estructurada y sustancial, como cuando varias personas analizan un fraude automatizado y tienen que llegar a un acuerdo unánime sobre si se ha cometido fraude, teniendo en cuenta otros elementos y la correlación de hechos; (ii) El procedimiento interno requiere de una evaluación por escrito realizada por los funcionarios encargados de los casos sobre la base de una evaluación automatizada, para que luego deba ser examinada por el jefe de la organización; (iii) Los empleados reciben formación específica y directrices detalladas sobre los elementos que deben tener en cuenta para tomar decisiones basadas en valoraciones y recomendaciones automatizadas.”¹²²

Claramente podemos apreciar como el responsable debe garantizar que se cumpla con un determinado número de tareas, en especial un análisis detallado por parte de importantes personas dentro de una organización, votaciones unánimes, estudios, etc, para que finalmente una decisión no sea completamente automatizada. Con esto en mente, y basándonos en el supuesto de que el responsable está realizando un tratamiento permitido por una base legal en una de las excepciones a), b) y c), el artículo 8 bis al prohibir también el uso de decisiones parcialmente automatizadas el interesado podrá objetar dicha decisión. En consecuencia, lo único que genera esta disposición son incentivos para que el responsable se ahorre estos costos del proceso y decida realizarla completamente automatizada, abriéndose un a que se produzcan mayores posibilidades de sesgos algorítmicos.

Cuando hablamos de datos personales y en especial la relación con el manejo de máquina, siempre estarán en juego derechos, decisiones importantes y procesamientos de difícil comprensión para la persona común y corriente. Es por eso mismo que deben haber ciertos resguardos al momento de aplicar estos sistemas, ya sea teniendo o no una decisión completamente automatizada como una que no. Por lo mismo a continuación presentaremos importantes recomendaciones que deberían tomar los responsables de los datos al momento de utilizar un sistema completamente

¹²² FUTURE OF PRIVACY FORUM, Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities. 2022. pp 29. [en línea]. Disponible <https://fpf.org/wp-content/uploads/2022/05/FPF-ADM-Report-R2-singles.pdf>

automatizado. Conforme a estas recomendaciones, creemos que el uso de estos sistemas brindaría mayor seguridad a los interesados y permitiría una mayor armonización entre los derechos del titular de datos y del responsable.

Vale agregar que tener un mayor cuidado con estos sistemas es básicamente un *win - win* para tanto las empresas que utilizan estos sistemas como para los titulares de datos. Esto se explica porque si se realizan las debidas previsiones necesarias para impedir que se produzcan situaciones desfavorables como lo sería una discriminación algorítmica, se estaría cuidando los derechos de las personas a sus datos personales y la empresa reduciría sus riesgos legales para recibir una sanción y cuidaría de su reputación. Conforme a las medidas que podrían tomar las empresas u organizaciones que utilizan estos sistemas para prevenir y disminuir los riesgos, creemos que estas serían las más importantes.

Implementar mitigaciones para aplicaciones que se encuentren sujetas a la normativa del artículo 8 bis tales como; (i) que exista un aviso para las personas afectadas por un sistema automatizado de datos y los tipos de datos por el cual la máquina decidió tomar; (ii) una explicación de los factores más importantes en que se basó la máquina y recomendaciones que puede realizar la persona para una próxima vez; (iii) tener un canal de quejas y apelaciones para que los damnificados puedan dar su opinión con la decisión y hacer que un humano la revise; (iv) poder solicitar la exclusión de ciertas etapas o preguntas que el sistema le solicite al humano, como por ejemplo proteger a ciertas personas que tengan alguna discapacidad (sería injusto solicitarle a un ciego que pueda realizar un juego visual para evaluar aptitudes); (v) realizar constantemente pruebas de sesgos a estos sistemas para impedir que se produzcan clases protegidas o privilegiadas¹²³.

¹²³ GESSER, A., 2022b. New Automated Decision-Making Laws: Four Tips for compliance – Debevoise Data blog. [en línea]. Disponible en: <https://www.debevoisedatablog.com/2022/06/25/new-automated-decision-making-laws-four-tips-for-compliance/>.

CONCLUSIÓN

En el inicio del ensayo nos planteamos un objetivo general el cual proponía exponer al lector de manera detallada el arte de los sistemas automatizados, su historia, sus principales textos regulatorios y los constantes cambios que han llegado a tener hasta lo que entendemos hoy en día. También realizamos un exhaustivo análisis al RGPD que regula este tema para entender el panorama actual del arte y el estándar internacional que se busca en esta materia en específico. A raíz de esto, pudimos ser testigos de los principales principios que actúan protegiendo a los particulares, los distintos derechos que surgen y las distintas excepciones que permiten un determinado tratamiento de datos.

Todo esto se planteó con la idea de poder ir obteniendo un manejo claro del tema y de los conceptos involucrados, con el fin de poder ir poco a poco proponiendo nuestra hipótesis. Creemos firmemente que tanto los objetivos generales y específicos propuestos en un inicio y sumándole la investigación y razonamiento argumentativo realizada, logramos cumplir con cada uno de ellos. Esto se explica porque cuando llegó el momento de analizar el proyecto de ley chileno, pudimos ver las distintas fallas que contenía y las consecuencias que en su momento fueron explicadas.

Con este ensayo fuimos capaces de darnos cuenta lo importante que puede llegar a ser cada palabra elegida en cada norma en específico. Pues la principal diferencia que contenía el artículo del proyecto de ley chileno con el del RGPD era la omisión de la palabra “únicamente”. A resumidas cuentas, al dejar de lado esta palabra, esta regulación genera mayor complejidad y costos de cumplimiento y menor eficiencia en el ejercicio de los distintos derechos que entrega.

A modo de reflexión, creemos que los sistemas automatizados efectivamente requieren una regulación detallada y específica puesto que no es un hecho desconocido que entregan grandes beneficios, pero a su vez si se utilizan de mala manera o derechamente con mala fe pueden llegar a traer consecuencias negativas gigantescas.

Ahora bien, creemos que este tema contiene elementos que debieran ser regulados con leyes de antidiscriminación como ocurre con la Ley de Igualdad de Oportunidades Crediticias de Estado Unidos¹²⁴ y que el eje principal en el tratamiento de datos se enfoque en la transparencia, mitigaciones de riesgo, entre otras cosas. Además, en el caso chileno, también podemos encontrar distintas aristas importantes para un mejor manejo de uso de estos sistemas como por ejemplo en la Política Nacional de Inteligencia Artificial publicada en octubre del 2021¹²⁵.

A modo de conclusión, en el presente ensayo pudimos demostrar que una regulación sumamente excesiva tampoco es el camino adecuado y correcto. Conforme a lo visto en la historia de la vida tecnológica, es mejor remar con la innovación a que tratar de detenerla.

“La innovación es la capacidad de ver el cambio como una oportunidad y no como una amenaza.” – Steve Jobs

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN, Política Nacional de Inteligencia Artificial. 2021. [en línea]. Disponible en: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiss6bE8YWDAX1GLkGHRg8B80QFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.minciencia.gob.cl%2Fuploads%2Ffiler_public%2Fbc%2F38%2Fbc389daf-4514-4306-867c-760ae7686e2c%2Fdocumento_politica_ia_digital_.pdf&usg=AOvVaw15Sf9Rj3sT-3k9wN2F15F2&opi=89978449

BIBLIOGRAFÍA

A.FERRO, Ricardo. *¿Qué es qué en tecnología?* En: Ediciones Granica , 1996.

AEPD. *¿Qué es el principio de responsabilidad proactiva?* [en línea], [sin fecha]. Disponible en: <https://www.aepd.es/preguntas-frecuentes/2-rgpd/3-principios-relativos-al-tratamiento/FAQ-0208-que-es-el-principio-de-responsabilidad-proactiva#:~:text=El%20RGPD%20describe%20este%20principio,es%20conforme%20con%20el%20Reglamento>

AEPD. *Derecho de oposición*. [en línea], [sin fecha]. Disponible en: <https://www.aepd.es/derechos-y-deberes/conoce-tus-derechos/derecho-de-oposicion>.

ALIAGA, Carolina. *Fake News: el peligro de las noticias falsas y su impacto en la ciudadanía*. Universidad de Chile. 2022. [en línea] Disponible en :<https://uchile.cl/noticias/188632/fake-news-el-peligro-de-la-desinformacion-y-su-impacto>

ANDREWS, C., 2023. CPPA releases initial Automated Decision-making Rules proposal. *International Association of Privacy Professionals* [en línea]. 29 noviembre 2023. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/what-you-need-to-know-about-the-cppas-proposed-automated-decision-making-rules/>

ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017. [wp251rev en \(aepd.es\)](https://www.aepd.es/wp-content/uploads/2017/04/wp251rev_en.pdf)

ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE*. Bruselas, Bélgica, 2002, pp. Disponible en https://prodacyl.es/pr/wp-content/uploads/2016/04/wp56_es.pdf

ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679. Bruselas, Bélgica, 2017, Disponible en: https://apdcat.gencat.cat/web/.content/03-documentacio/Reglament_general_de_proteccio_de_dades/documents/wp259-rev-0.1_ES-consentiment.pdf

ARTICULO 29 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS (Art. 29). *Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679*. Bruselas, Bélgica, 2017.

CHILE. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Decreto Supremo N°28 que promulga el Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus estados miembros. 2003. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f83a503c-fa20-4b3a-9535-f1074175eaf0.0004.02/DOC_2&format=PDF

CHILETEC. Partner News: *"Lo que necesitas saber de la Protección de Datos Personales en Chile"*. [en línea] Disponible en: [Chiletec | Partner News: "Lo que necesitas saber de la Protección de Datos Personales en Chile"](https://www.chiletec.cl/partner-news/lo-que-necesitas-saber-de-la-proteccion-de-datos-personales-en-chile)

COMISIÓN CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO (CCLJRS). Segundo Informe recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Marzo del 2020. pp 495. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=22261&prmTIPO=INFORMEPLY>

COMISIÓN CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO (CCLJRS). Primer Informe sobre el Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y

crea la Agencia de Protección de Datos Personales (Boletines 11.144-07 y 11.092-07, refundidos). Marzo del 2018. Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=20261&prmTIPO=INFORMEPLY>

COMISIÓN EUROPEA. ¿Puedo estar sujeto a decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles? [en línea] [sin fecha] Disponible en: https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/my-rights/can-i-be-subject-automated-individual-decision-making-including-profiling_es

COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS. Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679. 2020. Disponible en: [edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf \(europa.eu\)](https://edpb.europa.eu/docs/default-source/guidelines/guidelines-2020-05-consent-es.pdf)

COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines on the protection of individuals with the regard to the processing of personal data in a world of Big Data*. pp 3. [en línea], 2017. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806ebe7a>

COUNCIL OF EUROPE. *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*. Febrero 2019. pp 69. Disponible en <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

CPRA Resource Center. *Yes on Prop 24* [en línea], 2021. Disponible en: <https://www.caprivacy.org/annotated-cpra-text-with-ccpa-changes/#section14>

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. [en línea], [sin fecha]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1995-81678>.

EL PAÍS, Inteligencia Artificial: *La realeza tecnológica de EE UU al completo acude a Congreso para tratar la regulación de la inteligencia artificial*. [en línea] Disponible en: <https://elpais.com/tecnologia/2023-09-14/la-realeza-tecnologica-de-ee-uu-al-completo-acude-al-congreso-para-tratar-la-regulacion-de-la-inteligencia-artificial.html?outputType=amp>

EQUIPO EDITORIAL, ETECÉ, 2023. *Historia de la tecnología: cómo fue, etapas y características*. Enciclopedia Humanidades [en línea]. Disponible en: <https://humanidades.com/historia-de-la-tecnologia/>

EUR-LEX - L14527 - EN - EUR-LEX. [en línea], [sin fecha]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/european-union-directives.html#:~:text=a%20diferencia%20de%20un%20reglamento,directiva%20es%20de%20aplicaci%C3%B3n%20general.>

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ): *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*. [en línea] Disponible en: [European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment](https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c)

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Necessity & proportionality*. [en línea], [sin fecha]. Disponible en: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/necessity-proportionality_en.

FUTURE OF PRIVACY FORUM, *Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities*. 2022. [en línea]. Disponible

GESSER, A., 2022. *New Automated Decision-Making Laws: Four Tips for compliance – Debevoise Data blog*. [en línea]. Disponible en: <https://www.debevoisedatablog.com/2022/06/25/new-automated-decision-making-laws-four-tips-for-compliance/>.

GINNES, Ana. *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*. Editorial Aranzadi. 2023. https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rights-citizens/my-rights/can-i-be-subject-automated-individual-decision-making-including-profiling_es

ICO, What is automated individual decision-making and profiling? *ICO* [en línea]. Disponible en: <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/individual-rights/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/#:~:text=They%20can%20lead%20to%20quicker,and%20decisions%20made%20very%20quickly.>

INSTITUTO EUROPEO DE SALUD Y BIENESTAR SOCIAL: *Adicción a los móviles: ¿Es la nomofobia algo real?* [en línea] Disponible en: <https://institutoeuropeo.es/articulos/adiccion-a-los-moviles-es-la-nomofobia-algo-real/>

JIJENA, Renato. *Derecho Informático*. El Jurista. 2022.

Ley General de Protección de Datos Personales N° 13.709, de agosto de 2018. Brasil. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm

MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN, Política Nacional de Inteligencia Artificial. 2021. [en línea]. Disponible en: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiss6bE8YWDAX1GLkGHRg8B80QFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.minciencia.gob.cl%2Fuploads%2Ffiler_public%2Fbc%2F38%2Fbc389daf-4514-4306-867c-760ae7686e2c%2Fdocumento_politica_ia_digital_.pdf&usq=AOvVaw15Sf9Rj3sT3k9wN2F15F2&opi=89978449

MURILLO DE LA CUEVA, P, L y PIÑAR MAÑAS, J,L: *El derecho a la autodeterminación informativa*. Ed, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, Madrid, pág.14. Disponible en

NOTICIAS PARLAMENTO EUROPEO: *¿Qué es la Inteligencia Artificial y cómo se usa?* [en línea] Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>

OXFORD UNIVERSITY PRESS. *La cuestionable necesidad de un nuevo derecho humano frente a la toma de decisiones automatizada*. Volumen N°31, 2023. [en línea] Disponible en: <https://academic.oup.com/ijlit/article/31/2/114/7227602>

PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos*. Revista General de Derecho Administrativo. 2019, pp. 22.

PALMA, Adrián. *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*. Editorial DYKINSON. 2022, pp. 37.

PÉREZ, Cesar y SANTIN, Daniel. *Minería de Datos: Técnicas y Herramientas*. Editorial Paraninfo. 2007, pp 1.

PÉREZ, María. *BIG DATA: Técnicas, Herramientas y aplicaciones*. Editorial Alfaomega. 2015, pp 4.

PROYECTO DE LEY. Boletín 11.144-07 pp. 2. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=11403&prmTIPO=INICIATIVA>

PROYECTO DE LEY. Boletín 11.144-07 pp. 3. Disponible en:

ROIG, Antoni. *La garantía frente a las decisiones automatizadas*; Del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica. J.M. Bosch Editor. 2020, pp. 19.

SANTANDER OPEN ACADEMY: *¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la tecnología actual?* [en línea], 2023. Disponible en: <https://www.becas-santander.com/es/blog/ventajas-y-desventajas-de-la-tecnologia.html>.

State of Connecticut General Assembly. February 2022 pp 9. "AN ACT CONCERNING PERSONAL DATA PRIVACY AND ONLINE MONITORING." Disponible en: <https://www.cga.ct.gov/2022/amd/S/pdf/2022SB-00006-R00SA-AMD.pdf>

SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES (SUBTEL). *Conexiones móviles alcanzan los 19,8 millones e internet fijo crece cerca del 8% a septiembre de 2020*. [en línea] 2021. Disponible en: [Conexiones móviles alcanzan los 19,8 millones e internet fijo crece cerca del 8% a septiembre de 2020 | Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile](#)

TODOLÍ SIGNES, A: "*La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos*". Revista de derecho social, N°84, 2018, pp 9. Disponible en: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/80448/RGDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016. Disponible en español en [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) (boe.es)

UNIÓN EUROPEA (UE). Reglamento 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*. Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de Abril de 2016.

ZABALLOS PULIDO, Emilia. *La protección de datos personales en España: evolución normativa y criterios de aplicación* (memoria para optar al grado de doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2013), pp. 102, 103. Disponible en <https://eprints.ucm.es/22849/1/T34733.pdf>