

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL SERVICIO DEL MARKETING.LIMITES AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

María de los Ángeles Tedesco
Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal

Resumen: En la actualidad, existen empresas que se dedican a la obtención de datos personales de particulares, como ser gustos, intereses, opiniones y elecciones en la esfera privada de sus acciones. Con dichos datos y a través de algoritmos específicos se forman perfiles de consumo que luego se transformará en el insumo para ofrecer servicios a empresas que deseen publicitar sus productos y dirigirlas a un grupo determinado de interés.

Estas publicidades direccionadas, lograrán o intentarán persuadir la elección del receptor de una forma sutil, influenciándolo de elegir un bien o servicio por sobre otro. Ante ello, resulta necesario establecer los límites jurídicos al tratamiento de datos personales para que no se produzca una manipulación maliciosa en la toma de decisiones y un avasallamiento del derecho a la intimidad, privacidad y autodeterminación informativa.

En el presente trabajo se desarrollará como es el procedimiento mediante el cual las empresas obtienen los datos personales y la forma de obtener el consentimiento para el tratamiento de estos.

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

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

Introducción

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

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

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

En la actualidad, existen empresas que se dedican al “Big Data”, “Data Mining” o “Minería de Datos”. A modo de ejemplo, explicaré cómo funcionan algunas de

ellas: colocan su tecnología no intrusiva, en espacios comunes de centros comerciales, mediante la cual se obtienen pulsaciones electromagnéticas que emiten los teléfonos celulares con el objetivo de obtener información relevante que, luego de ser cruzada con otros datos enriquecidos, pueda en un futuro ayudar a predecir la demanda, estableciendo nuevos objetivos en la atracción de nuevos y antiguos clientes.

La aplicación de esta tecnología ofrece las siguientes ventajas²:

- **Monitoreo en tiempo real:** Censando y digitalizando el recorrido de los clientes, para conocer y gestionar de manera más eficaz el rendimiento de las operaciones de negocio, a través de una herramienta online.
- **Análisis del comportamiento:** Con los datos recolectados, se pueden confeccionar perfiles según el comportamiento de los visitantes, identificando a los nuevos, recurrentes y fidelizados, empleados y proveedores.
- **Predecir y optimizar:** La información es enriquecida con datos externos, como ser opiniones y gustos, brindando el contexto necesario para predecir cambios en el comportamiento de los visitantes, permitiendo alinear las operaciones y la comunicación con la demanda.
- **Atraer y Fidelizar:** A través de la segmentación efectiva de los consumidores se permitirá brindar beneficios personalizados que mejoren su experiencia de compra y la afinidad con la marca.

Con este tipo de tecnología, en nuestro país se hicieron dos pruebas piloto, una con la marca Beldent donde se relevaron distintos puntos de venta en la Ciudad de la Plata, Provincia de Buenos Aires y el otro en el Abasto Shopping. En este último caso se detectaron los porcentajes exactos de incremento de visitas durante los fines de semana, definiendo las franjas horarias con mayor afluencia de visitantes y su influencia sobre sus locales comerciales. Se realizó el análisis comparativo entre tiendas y se perfiló la intención de venta por local, facilitando el Benchmarking y el desarrollo efectivo de campañas de marketing segmentadas.

Hasta este punto, todo resulta una estrategia de un nuevo “marketing tecnológico”, como una manera de recolección, almacenamiento y posterior distribución de datos personales, como preferencias, gustos y opiniones, novedosa, pero en una primera aproximación resulta intrusivo y avasallante de la intimidad de las personas que frecuentan los lugares donde esa tecnología se encuentra instalada a través de celdas imperceptibles³ y sin consentimiento de los visitantes. Más aun, logrando a través de publicidades remitidas a los números telefónicos de celulares o cuentas de mails, impulsar la compra de bienes o contratación de servicios de forma imperceptible.

Cabe poner de resalto en este punto que la cantidad de datos que producimos los seres humanos se duplica año a año y a través del análisis de estos por

² Brochure disponible en <https://spect.ro/>

³ Brochure disponible en <https://spect.ro/>

aplicación del machine learning⁴ permite que la inteligencia artificial aprenda a pensar y sentir como los seres humanos logrando una curva de aprendizaje acelerada.

En la contracara de esta situación, se encuentran estas mismas empresas que se transformaron en un banco de datos, privado, que su función principal no es dar informes, sino determinar los valores estadísticos que harán que una persona elija un producto en lugar de otro, direccionando su toma de decisión.

Desarrollo

La persuasión y el marketing

La persuasión intentada por estas entidades, en el marco publicitario o de marketing, parte de un concepto diferente al acuñado por Aristóteles⁵ respecto de considerar el arte de la persuasión o convencimiento mediante el uso de la retórica, como entendimiento.

Jürgen Habermas en su libro Teoría de la Acción Comunicativa⁶ define a la acción comunicativa estratégica como la acción que se realiza con fines concretos sometiendo a calculo todas las demás consecuencias de la acción como condiciones secundarias del éxito al que aspira.⁷

Podemos concluir en este punto que lo que hacen las empresas que recolectan esta información por diversos métodos, lo hacen para luego persuadir a los futuros clientes o fidelizar a los antiguos, pero nada se expresa respecto del consentimiento de las personas indagadas.

El consentimiento y el tratamiento de datos personales

Las compañías que implementan estas técnicas de recolección y análisis de datos masivos encuentran “el consentimiento” del titular para realizar estas acciones, ya que a fin de ofrecer algún premio o beneficio o simplemente para poder conectarse a una red wifi o acceder a páginas web, el usuario debe aceptar los términos y condiciones o que la página trabaje con “cookies”. En este punto nada resulta gratis. Se estarían pagando por los datos personales y quizá no exista conciencia de ello ya que un porcentaje muy bajo de personas lo leen, pero todos lo aceptan con la intención de arribar a la real finalidad que puede ser acceder a la red o encontrarse con alguna información

⁴ Machine Learning: Disciplina científica del ámbito de la Inteligencia Artificial que crea sistemas que aprenden automáticamente. *Aprender* en este contexto quiere decir identificar patrones complejos en millones de datos. **La máquina que realmente aprende es un algoritmo** que revisa los datos y es capaz de predecir comportamientos futuros. *Automáticamente*, también en este contexto, implica que estos sistemas se mejoran de forma autónoma con el tiempo, sin intervención humana. Veamos cómo funciona. recuperado de <https://cleverdata.io/que-es-machine-learning-big-data/#:~:text=Machine%20Learning%20es%20una%20disciplina,complejos%20en%20millones>

%20de%20datos. El 14/06/2020

⁵ Aristóteles (1968) Retórica. Madrid: Editorial Aguilar.

⁶ Habermas, Jürgen "Teoría de la Acción Comunicativa" Tomo I. Editorial Taurus. Madrid. 2001

⁷ Ob. Cit. Página 384.

El consentimiento del afectado es esencial en lo que respecta al tratamiento de datos, ya que todo banco de datos o registro ya sea público o privado, que desee tratar datos de personas físicas o jurídicas, deberá requerirles previamente su consentimiento para el tratamiento, salvo que los datos se encuentren en alguno de los supuestos legales que eximen del mismo.⁸

Para el cruce de datos obtenidos, se establece una estructura llamada datawarehouse, cuya finalidad de tratamiento es indagar en las bases de datos donde previamente las personas consintieron el tratamiento de sus datos con el objeto de obtener una nueva base de datos resultante del entrecruzamiento de datos anteriores.⁹

En principio, cualquier técnica de data mining exigirá el consentimiento previo del sujeto afectado, no sólo para efectuar ese tratamiento, sino también para su uso con la finalidad concreta a la que se pretenda destinar. El hecho de que exista consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos en otros casos no significa que se pueda efectuar un tratamiento paralelo, que supondría una vulneración del principio de finalidad del tratamiento contenido en el artículo 4.1 y 4.3¹⁰ de la ley de protección de datos personales.¹¹

Actualmente, las técnicas de data mining han ganado mucho con la llegada y evolución de la red. La cantidad de datos de un usuario que puede conjurar un portal de comercio electrónico es inmensa, partiendo de los datos voluntariamente introducidos por el usuario registrado, y pasando por los hábitos de navegación que demuestre en su utilización diaria de los servicios del portal. La personalización le permite seleccionar de forma voluntaria los contenidos que son de su interés, pero asimismo permitirá a la empresa propietaria del portal conocer mejor que productos pueden ser del interés del usuario. La empresa que lleva cabo el cruce de datos o “data mining”, debería

⁸ Basterra Marcela I. “Protección de datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.” Página 6

⁹ Idem ant. Pagina 8.

¹⁰ **ARTICULO 4°** — (Calidad de los datos).

1. Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido.
2. La recolección de datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley.
3. Los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.
4. Los datos deben ser exactos y actualizarse en el caso de que ello fuere necesario.
5. Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos y sustituidos, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate, sin perjuicio de los derechos del titular establecidos en el artículo 16 de la presente ley.
6. Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.
7. Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados.

¹¹ Basterra Marcela I. "Protección de datos personales para fines publicitarios. A propósito de la Disposición 4/2009 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales." Página 9.

notificar el resultado al titular de los datos y en caso de no contar con su consentimiento o que el mismo sea revocado, automáticamente sacar el dato del correspondiente registro.¹²

Cuando completamos un formulario para obtener un cupón de descuento o pasamos por distintos sistemas de supermercados las tarjetas de puntos para obtener descuentos o beneficios, estamos entregando datos a cambio de ello. Estamos informando además de nuestro nombre y apellido, datos privados, como ser gustos o preferencias por ciertos productos o ciertas marcas. En ese momento, el centro comercial se transformó en un banco de datos privado, conforme el artículo 27 de la Ley de Protección de Datos Personales. La reglamentación de la norma admite operaciones de tratamiento de datos con fines publicitarios en determinados supuestos, sin que medie el consentimiento de sus titulares. En tal sentido, el legislador permite que en la recopilación de domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa, se procesen datos personales aptos para la conformación de “perfiles” de sus titulares con fines promocionales, comerciales o publicitarios, o bien, para determinar hábitos de consumo, a efectos de desarrollar la difusión de determinados productos y servicios y poner a disposición de los titulares de los datos recolectados ofertas a medida de sus preferencias y necesidades.¹³

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

El principio de finalidad como límite

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

¹² Idem Ant. Página 9.

¹³ RIGAUX, François, “La protection de la vie privée...” p. 597, citado por PEYRANO, Guillermo

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

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

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

Al respecto cabe recordar que en todos los supuestos de tratamiento de datos personales –aun aquellos para los que no se necesita consentimiento del titular de los mismos- es necesario respetar el principio de finalidad para que el tratamiento de los datos sea lícito. La LPDP dispone expresamente que *"Los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención"*¹⁴. La doctrina ha expresado al respecto que *"la legitimidad del fin para el cual el responsable de la base de datos los ha obtenido, es lo que otorga justificación al uso de datos personales de terceros y establece un límite a su utilización"*.¹⁵ El fallo bajo análisis trata este principio -con relación a los datos de los actores- al referirse a "la información que arroja el usuario en la red cuando ingresa a distintas páginas web y que después será utilizada con una finalidad distinta de la que previó cuando la brindó"¹⁶.-

El principio de finalidad, en suma, impide que los datos sean utilizados indiscriminadamente, incluso cuando hayan sido lícitamente recolectados, toda

¹⁴ LPDP, art. 4, inc. 3. En concordancia con este principio, el art 11 de la LPDP establece que los datos sólo pueden ser cedidos "para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con los intereses legítimos del cedente y cesionario".

¹⁵ CNCom., Sala D, autos "Salvador, Claudio c/ Citibank N.A.", fallo del 22/11/05 (del dictamen de la fiscal de Cámara, que cita la siguiente doctrina: Gozaíni, Osvaldo A., "Hábeas data, protección de datos personales", Rubinzal-Culzoni Editores, p. 55; Grimalt Servera, Pedro, "La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales", 1999, Ed. Comares, p. 193; Murillo, Pablo L., "El Derecho a la autodeterminación informativa", 1990, Ed. Tecnos, p. 142; Álvarez y Cienfuegos Suárez, José M., "La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática", 1999, Ed. Aranzadi, p. 31; Carranza Torres, Luis R., "Hábeas data, la protección jurídica de los datos personales", 2001, ps. 61 y 62; Gils Carbó, Alejandra M., "Régimen legal de las bases de datos y hábeas data", 2001, Ed. La Ley, ps. 73 y 74)

¹⁶ "Tanús Gustavo Daniel y otro c/ Cosa Carlos Alberto y otro s/ habeas data (art. 43 c.n.)" - Expte. n° 1.791/2003 - Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3 de la Capital Federal - Secretaría N° 6 - 07/04/2006

vez que cuando sean utilizados con un propósito diferente, se necesitará un nuevo consentimiento de su titular.

La hipótesis de la que parte la presente investigación resulta del postulado que ante el avance de la tecnología y la inteligencia artificial, el derecho de protección de datos personales se encuentra avasallado por el tratamiento que realizan las empresas de tales datos, con la finalidad del marketing tecnológico.

Conclusión

Resulta necesario encontrarle solución a este tipo de inconvenientes jurídicos a fin de proteger los datos personales.

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

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

La propuesta de cambio normativo, deberá contemplar el consentimiento de otorgar de forma expresa, con términos y condiciones claros; la autodeterminación informativa que cada una de las empresas que se dedican al marketing tecnológico deberán respetar a través de procedimientos sencillos y de fácil acceso para las personas, poniendo en conocimiento a los usuarios que proporcionaron sus datos los que tienen en su poder, operando de esta forma, el principio de finalidad como una garantía protectora, ya que si los datos obtenidos para un fin se pretenden utilizar para otro deberá ello ser informado a los causantes.

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

Otra circunstancia importante a establecer en una futura normativa es la autodeterminación informativa que cada una de las empresas que se dedican al marketing tecnológico deberán respetar a través de procedimientos sencillos y de fácil acceso para las personas, poniendo en conocimiento a los usuarios que proporcionaron sus datos los que tienen en su poder, operando de esta forma, el principio de finalidad como una garantía protectora, ya que si los datos obtenidos para un fin se pretenden utilizar para otro deberá ello ser

informado a los causantes. Las políticas de las empresas al recabar el consentimiento deberán estar adecuadas al principio de “privacy by default” y/o “privacy by design”.

La protección de los datos personales configura una impronta real y jurídica, atendiendo a diversas manifestaciones que deben ser tenidas en cuenta a fin de no ver frustradas su tutela y el lugar que ocupa entre los derechos humanos. Deberán establecerse políticas de privacidad abiertas, claras y concretas, en donde se incluya la educación de los ciudadanos sobre datos personales, como protegerlos y las consecuencias de su cesión.

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

Bibliografía

Abrutin, Ariel Videoclase “Big Data. Privacy by design y Privacy by default. Autorregulación de las empresas. Internet de las cosas y PDP” recuperable de <https://virtual.flacso.org.ar/mod/book/view.php?id=1191671&chapterid=1436361>

Aristóteles (1968) Retórica. Madrid: Editorial Aguilar.

Basterra, Marcela I., Datos sensibles ¿Es la publicación del dato de afiliación política un dato sensible en los términos de la ley 25.326?, laleyonline 0003/012953.

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

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

Calogero Pizzolo, “Tipología y protección de datos personales: El sistema establecido en la ley 25.326 y la legislación comparada”

Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2002) Hábeas Data. Protección de datos personales, Ley 25.326 y reglamentación (decreto 1558/2001), Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 150 y sgtes

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

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

Habermas, Jurgen “Teoría de la Acción Comunicativa” Tomo I. Editorial Taurus.

Madrid. 2001

Masciotra Mario (2018) Protección de datos personales y su integración en el marco de los derechos humanos. SAIJ 10/12/2018 SAIJ: DACF 180264

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

Saltor, Carlos Eduardo (2013) Tesis "La protección de datos personales: Estudio comparativo Europa – América con especial análisis de la situación argentina." Universidad Complutense de Madrid

Normativa

Constitución Nacional

Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Ley 1845

Ley 25326

Organización de las Naciones Unidas. Resolución 45/95. Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computarizados de Datos Personales. 14 de diciembre de 1990

Fallos

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

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