

A PROIBIÇÃO DA AUTOMATIZAÇÃO DECISÓRIA BASADA NO PERFILHAMENTO DIGITAL

LA PROHIBICIÓN DE LA AUTOMATIZACIÓN DECISORIA BASADA EN EL
PERFILAMIENTO DIGITAL

THE PROHIBITION OF AUTOMATED DECISION-MAKING BASED ON DIGITAL
PROFILING

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Resumen:

Contextualización: La Inteligencia Artificial (IA) genera, produce, implica y representa desafíos para los derechos humanos, tanto que aquella debe concretar un “alineamiento” con estos, y los sistemas inteligentes no pueden producir interferencias con la dignidad humana. Por eso, la manipulación final y operación sobre procesos de IA, debe descansar en personas (y más aún todavía cuando los resultados impactan directamente sobre las libertades), debiendo –en definitiva- “la dimensión humana” estar presente en el proceso de toma de decisiones y evaluación sobre quejas ante situaciones de violaciones a los derechos humanos.

Objetivo: El objetivo de la investigación es identificar que derechos fundamentales pueden ser afectados por las tecnologías inteligentes, analizando los usos de estas tecnologías y su repercusión sobre los derechos, por un lado, y la necesidad de delimitar su contenido definiendo garantías, por el otro.

Metodología: La investigación utilizó el método inductivo aliado a la base lógica inductiva para

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) con Reconocimiento al Mérito Académico, y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma universidad. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. En el ámbito académico, se desempeña como Profesor Adjunto de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Cuarto (Córdoba- Argentina), donde es investigador acreditado. Es docente de posgrado en el área del Derecho Público, y director de trabajos finales de posgraduación. Ha escrito 6 libros, entre los que se destacan “*Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo*”, e “*Internet*” (2 Tomos) de reciente publicación; y ha participado, además, en obras colectivas y es autor de más de 100 publicaciones sobre su especialidad. Mail: ramunoz2011@gmail.com

expresar los resultados.

Resultado: Desde nuestra óptica, la prohibición estudiada no alcanza a toda la automatización de las decisiones administrativas y/o judiciales por medio del uso de IA en el marco de un procedimiento previo llevado a cabo por la Administración pública o el Poder Judicial.

Palabras clave: automatización; derechos; perfilamiento digital; inteligencia artificial.

Abstract:

Contextualization: Artificial intelligence (AI) generates, produces, entails and represents challenges for human rights, such that it must establish an “alignment” with them, and intelligent systems cannot interfere with human dignity. For this reason, the final manipulation and operation of AI processes must rely on people (especially when the results directly impact on freedoms), and – ultimately – “the human dimension” must be present in the decision-making process, and in the assessment of complaints in situations of human rights violations.

Objectives: The aim of this research is to identify which fundamental rights can be affected by smart technologies, analyzing the uses of these technologies and their impact on human rights, on one hand, and the need to delimit their content by defining guarantees, on the other.

Methodology: The research used the inductive method allied with the inductive logic base to express the results.

Result: From our point of view, the prohibition studied does not cover all the automation of administrative and/or judicial decisions through the use of AI in the framework of a prior procedure carried out by the Public Administration or the Judiciary, in the exercise of public powers.

Keywords: automation; rights; digital profiling; artificial intelligence.

Resumo:

Contextualização: A inteligência artificial (IA) gera, produz, implica e representa desafios para os direitos humanos, tanto que deve estabelecer um “alinhamento” com eles. Além disso, sistemas inteligentes não podem interferir na dignidade humana. Por tal razão, a manipulação e operação final dos processos de IA deve depender das pessoas (ainda mais quando os resultados impactam diretamente nas liberdades), e – em última análise – a “dimensão humana” deve estar presente no processo de tomada de decisão, avaliação de denúncias em situações de violação de direitos humanos.

Objetivo: O objetivo da pesquisa é identificar quais direitos fundamentais podem ser afetados pelas tecnologias inteligentes, analisando os usos dessas tecnologias e seu impacto nos direitos, por um lado, e a necessidade de delimitar seu conteúdo definindo garantias, por outro.

Metodologia: A pesquisa utilizou o método indutivo aliado à base lógica indutiva para expressar os resultados.

Resultado: Do nosso ponto de vista, a proibição estudada não abrange toda a automatização das decisões administrativas e/ou judiciais, por meio da utilização da IA no quadro de um procedimento anterior realizado pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: automação; direitos; perfis digitais; inteligência artificial.

1 INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe un consenso -más o menos generalizado- que la definición, implantación, ejecución y políticas públicas sobre el diseño, despliegue y desarrollo de técnicas de automatización en general, e inteligencia artificial (en adelante IA) en particular, en las esferas decisorias del Estado, en especial, en lo que se refiere a los ámbitos administrativos y/o judiciales, todavía -al día de hoy- es una materia jurídica que no encuentra importantes regulaciones normativas e imperativas en las fuentes tradicionales del Derecho, sin perjuicio -claro está- de todo aquel andamiaje vinculado a valores y principios éticos, que se encuentra en pleno proceso de debate y elaboración a nivel mundial, regional y también nacional.

Esta área de vacancia jurídica, encuentra una evidente excepción en una tradicional regla jurídica por la cual -en términos generales- ordena la interdicción a las decisiones estatales que tengan como único fundamento las valoraciones basadas en el tratamiento digital de datos personales; y que si bien en un primer momento fue incluida en los tradicionales regímenes de "habeas data" o de protección de datos personales para aquellos casos de tratamiento informatizado, ahora en la actualidad paso a tener una concreta y muy mercada relevancia al momento de la utilización de sistemas inteligentes que ofrecen un perfilamiento digital de la persona humana.

Este punto de partida normativo, nos lleva a transitar sobre toda una serie de recomendaciones, resoluciones, propuestas, documentos, modelos e informes que -en apretada síntesis- ofrecen un catálogo de principios éticos que contribuyen a la construcción de un ecosistema disruptivo y a la gobernanza de la tecnología y la IA para la gobernanza digital, habida cuenta que la regla precitada por nosotros estudiada, en rigor de verdad remite y reenvía a varios de aquellos principios, y que en nuestra opinión, brindan soluciones concretas a muchos de los problemas y complejidades que hoy ya se presentan.

Ciertamente, con nuestro aporte, y a partir de la regla antes mencionada, la principal cuestión a resolver es identificar que derechos fundamentales pueden ser afectados por las tecnologías inteligentes (dignidad, vida, integridad física, igualdad, privacidad, imagen, protección de datos, educación, salud, etc), lo que nos lleva, entonces, a analizar los usos de estas tecnologías y su repercusión sobre los derechos, por un lado, y la necesidad de delimitar su contenido definiendo

garantías, por el otro ².

La IA genera, produce, implica y representa desafíos para los derechos humanos, tanto que aquella debe concretar un “alineamiento” con estos, y los sistemas inteligentes no pueden producir interferencias con la dignidad humana. Por eso, la manipulación final y operación sobre procesos de IA, debe descansar en personas (y más aún todavía cuando los resultados impactan directamente sobre las libertades), debiendo –en definitiva– “la dimensión humana” estar presente en el proceso de toma de decisiones y evaluación sobre quejas ante situaciones de violaciones a los derechos humanos.

Particularmente, entonces, uno de los supuestos de resguardo a los derechos fundamentales lo encontramos en la prohibición de la automatización jurídica basada exclusivamente en perfiles digitales, o si se prefiere, el “perfilado”.

Recordamos, tal como lo ha hecho Juan CORVALÁN dentro de la más importante doctrina argentina, “que el perfilado consiste en utilizar datos personales a fin de evaluar 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 movimiento”³ Para lo cual, no solo se segmentan o separan datos a la luz de diversos criterios y a través de técnicas de IA, sino también se busca alcanzar patrones con el fin de inducir, gestionar o modelar acciones humanas futuras.

Y, claro ésta, continua el autor citado, “Si el usuario no es consciente de su elaboración, comparación y uso, no deberían ser utilizados Para su recolección, tratamiento, comparación y toma de decisiones a partir de ellos, es necesario garantizar todos los derechos que se reconocen en las normas en relación con los datos personales y se requiere un consentimiento previo e informado para su realización No es posible que un aspecto general conduzca a una autorización para perfilar personas y tomar decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos personales”.

Comencemos entonces con nuestro análisis.

2 PRESENTACIÓN DEL TEMA: LA PROHIBICIÓN NORMATIVA

En la actualidad, y sin perjuicio de toda la normativa ética desarrollada a través de valores y

²SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, “El Derecho Constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones”, en PÉREZ MIRÁS, Antonio, TERUEL LOZANO, German M, RAFFIOTTA, Edoardo C, IADICICCO, María Pía, (Directores), y ROMBOLI Silvia (Coordinadora), *Setenta años de la Constitución italiana y cuarenta años de la Constitución española*, Volumen V, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 321 y ss., en part. p. 328.

³CORVALAN, Juan G., y PAPINI, Carina M., “Perfiles digitales humanos Episodia recargado”, en CORVALÁN, Juan G (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, Thomson Reuters, La Ley, pag. 609 y ss., en part. p. 650.

principios por parte de la comunidad internacional, principalmente a escala universal y regional, la automatización y el uso de la IA descansa en una de sus pocas regulaciones concretas a través de la regla de la prohibición de toma de resoluciones (judiciales y/o administrativas) mediante el perfilamiento digital de la persona, como único basamento de dicha decisión, tal como rezan los principales y más modernos regímenes de protección de datos personales, aunque -recordemos- esta regla ya tiene varias décadas de vigencia.

Así, a nivel nacional, en la Argentina por ejemplo el artículo 20 de la ley 25.326 de "Protección de datos personales" (año 2000), establece un límite claro a la automatización decisoria mediante técnicas de IA, por cuanto tales actos, no pueden tener como único fundamento los datos que surjan del tratamiento informatizado de la persona, esto es el "perfilamiento" artificial y muchas veces parcial, que las plataformas hacen de una persona. De esta manera, señala que *"Las decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado"*, sancionando con la nulidad insanable *"los actos que resulten contrarios a la disposición precedente"*.

De igual manera, el artículo 32 del Proyecto de reforma de la Ley de Protección de Datos Personales argentino establece que *"El titular de los datos tiene derecho a oponerse a ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, que le produzca efectos jurídicos perniciosos o lo afecte significativamente de forma negativa. El titular de los datos no podrá ejercer este derecho si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento; b) está autorizada por ley; c) se basa en su consentimiento expreso. En los casos a que se refieren los incisos a) y c), el responsable del tratamiento debe adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos del titular de los datos; como mínimo, el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable del tratamiento, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión"*.

Por su lado, el 27 de abril de 2016, se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (Reglamento general de protección de datos). Este último, en su artículo 22 dispone que: *"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. 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"*.

Coincidimos con Juan CORVALÁN y Carina PAPINI en que aquella norma es demasiado amplia ya “que no tiene en cuenta lo que sucede en la realidad, donde un sujeto acepta ser perfilado, pero sin un consentimiento realmente válido por no contar con la información adecuada. De hecho, la mayoría de los usuarios/as no saben en qué consiste un perfil, a pesar de que existen miles de perfiles elaborados a partir de su personalidad digital -que tiene influencia directa en nuestra personalidad analógica- por lo cual el escenario es dramático. El Reglamento, no establece en qué medida se deben proporcionar explicaciones individuales al interesado”⁴. No obstante, desde nuestra óptica, puede encontrarse una salida interpretativa a través de los diversos y variados principios éticos que informan el uso de la IA, los que -sin dudas y conforme nuestra opinión- ayudan para desentrañar el alcance y extensión de la norma antes referenciada.

Asimismo, continúa la regla citada en última instancia, en el supuesto que se viole o desconozca este derecho “a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado o en la elaboración de perfiles” que puedan producir efectos jurídicos sobre él o que le afecten de modo significativo, la norma garantiza que el interesado tendrá la facultad de impugnar aquellos actos, decisiones y/o negocios jurídicos celebrados en función exclusivamente de esas decisiones, pudiendo -además- reclamar la reparación del posible daño moral que se le hubiera causado⁵.

Finalmente, y también en el ámbito europeo (Consejo de Europa) puede encontrarse además otro antecedente del tema estudiado, en el denominado Comité Consultivo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (conocido como Convenio 108 y tras su revisión como Convenio 108+), en cual ha incorporado un nuevo derecho para los sujetos de datos en su art. 9 que consiste en que todo individuo tendrá derecho a no estar sujeto a una decisión que le afecte significativamente basándose únicamente en el procesamiento de datos automatizado sin que se tenga en cuenta su opinión⁶.

⁴CORVALAN, Juan G., y PAPINI, Carina M., “Perfiles digitales humanos Episodia recargado”, en CORVALAN, Juan. G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag 609 y ss., en part. pag. 649. También se ha dicho con razón que “la ambigüedad y el alcance limitado del «derecho a no estar sujeto a la toma de decisiones automatizadas» contenida en el art. 22 (del cual se deriva el presunto «derecho a explicación») plantea dudas sobre la protección realmente otorgada a los interesados. Estos problemas muestran que el Reglamento carece de un lenguaje preciso, así como de derechos y garantías explícitos y bien definidos contra la toma de decisiones automatizada, y, por lo tanto, corre el riesgo de no servir de base a mecanismos coercitivos efectivos” (GASCÓN MARCÉN, Ana, “Derecho humanos e inteligencia artificial”, en PÉREZ MIRÁS, Antonio, TERUEL LOZANO, German M, RAFFIOTTA, Edoardo C, IADICICCO, María Pía, (Directores), y ROMBOLI Silvia (Coordinadora), *Setenta años de la Constitución italiana y cuarenta años de la Constitución española*, Volumen V, ob. cit., pag 335 y ss., en part. pag. 347, citando a Wachter, S.; Mittelstadt, B.; Floridi, L. (2016), «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2903469>).

⁵ NAVAS NAVARRO, Susana, “Derecho e inteligencia artificial dese el diseño. Aproximaciones”, en NAVAS NAVARRO, Susana (directora,) *Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho*, tirant lo blanch, Valencia, 2017, pag. 53.

⁶ Disponible en <https://www.coe.int/es/web/data-protection/convention108/modernised>

3 EL DEBATE DOCTRINARIO

Entre nosotros, autores locales argentinos han interpretado que el artículo 20 de la ley argentina de Protección de Datos Personales directamente imposibilita el uso de la IA en las decisiones administrativas y/o judiciales. Para esta opinión, “Esto significa que, como regla general, en la Argentina no serían válidos una sentencia judicial o un acto administrativo redactado por un sistema de IA. Nótese que decimos “redactados” y no “emitidos” o “dictados” porque estas alternativas implicarían reconocer a la IA personalidad y competencia para emitir dichos actos”...“en ningún caso corresponde otorgar a un sistema de IA la posibilidad de decidir sobre aspectos trascendentes para la vida de las personas. En este sentido, la norma del art. 20 de la LPDP constituye un formidable limite que sella cualquier discusión”⁷.

Sin embargo, en nuestro país la Resolución 4/2019 de la Agencia de Acceso a la Información Pública de la Argentina, que fue dictada con la finalidad de establecer criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas de la 25.236, se aleja de la letra de la ley, estableciendo que “*En caso que el responsable de la base de datos tome decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos que le produzcan al titular de los datos efectos jurídicos perniciosos o lo afecten significativamente de forma negativa, el titular de los datos tendrá derecho a solicitar al responsable de la base de datos una explicación sobre la lógica aplicada en aquella decisión, de conformidad con el artículo 15, inciso 1 de la Ley n. 25.326*”⁸. Es decir, no prohíbe el tratamiento automatizado, sino que -en realidad- concede el derecho de solicitar explicaciones sobre la lógica aplicada a la decisión.

Desde nuestra óptica, tal como se verá a continuación, la norma local lejos está de prohibir la utilización de IA por autoridades judiciales o administrativas a la hora del dictado de las resoluciones, en realidad, lo que prohíbe se tenga “como único fundamento” el tratamiento automatizado y que además éstos “suministren una definición del perfil o personalidad del interesado”⁹, es decir, que se base en un “perfilado”. Refuerza nuestra postura, el propio artículo 1º del Decreto 733/2018 que

⁷VELTANI, Juan Darío, “Inteligencia Artificial y tratamiento automatizado de datos personales”, en GRANERO, Horario R. (director académico), *Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, UCA Facultad de Derecho, fiadi, eDial.com Contenidos Jurídicos, Bs. As, 2020, pag. 199 y ss., en part. pag. 205.

⁸No obstante, para VELITANI esa norma se refiere al tratamiento de automatizado de datos en el ámbito privado, concluyendo que “si bien no existe al ámbito privado la prohibición del art. 20 de la LPDP, faculta al titular de datos a pedir explicaciones sobre el resultado de la decisión que lo afectó y que estuvo basada en el tataranieto automatizado de datos personales” (pag. 206).

⁹En igual sentido, se ha dicho que “*la precitada regla general únicamente aplica cuando no existe ningún tipo de intervención humana directa o indirecta. Lo que se quiere es que exista la posibilidad de controvertir la decisión ante un ser humano y que no se deje a cargo del ciento por ciento (100%) de los algoritmos o de los procesos automatizados*” (“Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial”, texto aprobado por las entidades integrantes de la Red Iberoamericana de Protección de Datos en la sesión del 21 de junio de 2019, en México). Finalmente, en las denominadas “Orientaciones Especificas par el Cumplimiento de los Principios y Derechos que Rigen la Protección de los Datos Personales en los Proyectos de Inteligencia Artificial” (aprobados por citada entidad el mismo día y lugar), establece en ese sentido que “*El titular tendrá derecho a no ser objeto de decisiones que le produzcan efectos jurídicos o le afecten de manera significativa que se basen únicamente en tratamientos automatizados destinados a evaluar, sin intervención humana, determinados aspectos personales del mismo o analizar o predecir, en particular, su rendimiento profesional, situación económica, estado de salud, preferencias sexuales, fiabilidad o comportamiento*”.

autoriza la tramitación automática de actos administrativos.

La doctrina europea¹⁰, por el contrario, en línea a nuestra postura, ha interpretado que “En el caso de COMPAS, o cualquier otra herramienta de IA destinada a apoyar a los Jueces en el dictado de sus resoluciones, sería preciso para su funcionamiento, que o bien el “Derecho de la Unión o de los Estados miembros” así lo autorice, o que se preste el consentimiento explícito del justiciable para el uso de la misma. Ello no obstante, el redactado del Reglamento se refiere a “decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”, es decir, que la decisión del Juez se basa única y exclusivamente en el Informe elaborado por un algoritmo, sin embargo, si dicho Informe es tenido como un elemento más, cuya valoración se ha hecho de manera conjunta con el resto de prueba y conforme a las reglas de la sana crítica, dicho artículo no sería de aplicación, y por ende, podrían ponerse en práctica el uso de dichos algoritmos. Ahora bien, este precepto sí cerraría la puerta a Jueces basados exclusivamente en Inteligencia Artificial, o Jueces IA. Dado que, en estos casos, sería el propio algoritmo el que emitiría la Resolución y tomara la decisión, un Juez IA sólo sería posible si los autorizara “el Derecho de la Unión o de los Estados miembros” y se establecieran “medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”.

4 ALGUNA JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

Un ejemplo de lo expuesto, lo encontremos en la sentencia del Consejo Constitucional francés del año 2019¹¹, que puso como condición para ratificar la constitucionalidad de normativa por la cual se utilizaba IA para fines tributarias, entre otros aspectos, que los indicios de fraude fiscal recabados de forma automatizada a través de los algoritmos no pueden servir de única prueba para fundamentar una regularización, sino que deben ponerse en marcha procedimientos de control fiscal, a través de medios no automatizados, para evaluar la fiabilidad de tales indicios (corroboración) y completarlos debidamente a efectos de motivar una eventual comprobación. Y agregó que cualquier regularización o sanción que pudiera resultar de tales procedimientos debe ser debidamente individualizada y motivada, sin que pueda fundamentarse únicamente en los datos resultados de tratamiento automatizado, permitiendo en todo caso el ejercicio de derechos de defensa (audiencia y contradicción) y las garantías que establece la normativa de protección de datos de carácter personal (derechos de acceso, rectificación y cancelación).

En particular, y tal como se ampliara más adelante cuando se desarrolle el principio de “explicabilidad”, para que puede defenderse la legalidad del proceso de la utilización de técnicas de automatización e IA en la función administrativa y/o judicial, especialmente en lo que refiere a un

¹⁰ERCILLA GARCÍA, Javier, “La Inteligencia Artificial en la Justicia: Asistentes IA Judiciales y Jueces IA”, [file:///C:/Users/Usuario/Documents/LIBRO/OTROS%20ARTICULOS%20CON%20AGREGADOS/NUEVO%20LIBRO/ACTUALIZACIÓN/Inteligencia%20Artificial%20en%20la%20Justicia%20-%20Asistentes%20IA%20Judiciales%20v%20Jueces%20IA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Documents/LIBRO/OTROS%20ARTICULOS%20CON%20AGREGADOS/NUEVO%20LIBRO/ACTUALIZACIÓN/Inteligencia%20Artificial%20en%20la%20Justicia%20-%20Asistentes%20IA%20Judiciales%20v%20Jueces%20IA%20(1).pdf)

¹¹CALDERON CARRERO, José Manuel, “Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el derecho embridar a las nuevas tecnologías?” *El Derecho Tributario*, marzo, 2010.

procedimiento previo para la toma una resolución, debe necesariamente promoverse, asegurarse y garantizarse al particular su derecho de acceso a la información pública –“algorítmica” si se nos permite la añadidura- para que tome conocimiento, no solo de los motivos por los cuales la administración o la judicatura adoptó una determinada decisión que impacta sobre la esfera individual de los derechos fundamentales, sino también cómo se llegó a cabo, es decir, las secuencias lógicas que se utilizaran para arribar a una determinada conclusión.

Y esto no debe ser de cualquier forma, sino que debe darse a conocer a través de un lenguaje accesible, inteligible, comprensible y asequible al administrado, para que puede tomar una decisión sobre su futuro procedimental. Pues de no ser así, estaríamos ante un agravio concreto tanto a la tutela administrativa como judicial efectiva, de basamento constitucional y convencional¹².

En ese sentido, los autores CANEVARO y LAU ALBERDI¹³, citan el fallo del Tribunale Amministrativo Regionale de la región Lazio-Roma (sentencia n. 3769 de fecha 22/03/2017), por el cual se reconoce el derecho del demandante de acceder al algoritmo del programa empleado por el Ministerio de Educación italiano para el desarrollo del procedimiento relativo a la transferencia interprovincial del personal docente, entendiendo que el algoritmo es una expresión directa de actividad llevada a cabo por la Administración, que sin duda es una actividad de interés público, pese que el mismo fuera implementado no por los funcionarios sino por una empresa privada en la cual la Administración encargó su creación.

En otra sentencia del mismo tribunal (sentencia n. 10.964 de fecha 14/09/2019), se señala que las relaciones privadas con las autoridades públicas no pueden mortificarse y comprimirse legítimamente reemplazando la actividad humana con la actividad impersonal, por lo que, no solo se viola la garantía de transparencia, sino también, la obligación de motivar las decisiones administrativas, con el agravante de frustrar también las garantías procesales de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva. En consecuencia, señaló–desarrollan los autores- que incluso cuando la actuación automatizada de la Administración alcance su mayor grado de precisión e incluso perfección, nunca puede suplantar, reemplazando por completo, la actividad cognitiva, adquisitiva y crítica encomendada a un funcionario, es decir, una persona física, por lo tanto, debe reservarsele hoy una función instrumental y meramente auxiliar dentro del procedimiento y nunca subrogar o dominar la actividad humana.

Finalmente, el Consejo de Estado italiano, en su sentencia n. 8472 del 13/12/2019, postuló tres principios referidos al uso de algoritmos en el procedimiento administrativo: 1) el principio

¹²Por otro costado, se ha dicho que a merced del principio de precaución y el principio de prevención, expresamente regulados en el art. 1710 del CCyCN debemos prohibir los algoritmos opacos o cajas negras que puedan llegar a perjudicar la dignidad de las personas, en el amplio marco de la salud, la libertad, la igualdad, la educación, el consumo, etc. (SOBRINO, Waldo, *Contrato, neurociencias e inteligencia artificial*, Thomson Reuters, La Ley, 2020, pag. 251.

¹³CANEVARO, Carlos R. y LAU ALBERDI, Jerónimo, “La actuación administrativa automatizada en el Estado constitucional de derecho”, *Revista de Derecho Administrativo*, n. 133, enero-febrero 2021, pag. 30 y ss., en part. pag. 43 y ss.

de conocimiento, no solo de la existencia en sí del procesos automatizados, sino también sobre la lógica utilizada¹⁴, 2) el principio de no exclusividad de la decisión algorítmica: en el caso de que una decisión automatizada produzca efectos legales la persona tiene derecho a que sea decisión no se base únicamente en ese proceso automatizado, 3) el de no discriminación para que no se produzcan inexactitudes, y de esa manera, minimizar el riesgo de errores.

5 UNA RESPUESTA: LOS VALORES Y PRINCIPIOS ÉTICOS DE LA IA

La comunidad internacional ya hace tiempo viene trabajando en busca de los consensos para alcanzar los conceptos y las significaciones existentes de las relaciones o interrelaciones entre la IA, los algoritmos y la ética, es decir, acordar la generación de un ecosistema digital de abordaje mundial, o por lo menos regional -aunque también se presentan antecedentes a nivel nacional- a la preocupación o debate por la ética en la IA, con ello, definir cuáles son los valores y principios fundamentales que deberán respetar y contener los estudios, desarrollos, aplicación, despliegue y ejecución de los sistemas de IA¹⁵.

Muchos de esos valores y principios se relacionan directamente con nuestro tema, es decir, la regla de la prohibición de toma de decisiones administrativas o judiciales basadas exclusivamente en el perfilamiento digital, cuya explicación y régimen encuentra anclaje en diversas exigencias éticas, que a continuación se exponen forma sintética.

Comencemos, tal como debe hacerse, con la conferencia organizada por el *Future of Life Institute*, en la cual se redactó una lista de recomendaciones sobre IA -dando lugar a lo que se conoce como "Los 23 principios de la IA de Asilomar" (del 2017), y que se han referido a la ética y los valores, entre ellos, seguridad, transparencia, responsabilidad, alineación de valores, privacidad, libertad, beneficio compartido, control humano. En especial, refiere que cualquier intervención de un sistema autónomo en una decisión debería ir acompañada de una explicación satisfactoria y auditable por parte de una autoridad humana competente (principio 8 "Transparencia judicial"), que las personas deberán tener el derecho de acceder, gestionar y controlar los datos que generan (principio 12 "Privacidad personal") y los seres humanos deberían escoger cómo y si delegan decisiones a los sistemas de IA para completar objetivos escogidos previamente (principio 16 "control humano").

¹⁴Sostuvo el Tribunal, según los autores citado, que el conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos los aspectos: desde sus autores, pasando por el procedimiento utilizado para su elaboración, hasta el mecanismo de decisión, incluidas las prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y toma de decisiones y los datos seleccionados como relevantes.

¹⁵Se ha dicho con razón que "El desarrollo de la IA sin controles éticos y jurídicos es un asunto de derechos humanos. El riesgo existencial que tal clase de desarrollo conlleva, impone a la generación actual de seres humanos el imperativo ético, derivado del principio de responsabilidad, de precaver el acaecimiento de tales riesgos" (LÓPEZ ONETO, Marcos, "Fundamentos antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos y jurídicos para la constitución universal de un Derecho de la Inteligencia Artificial (DIA)", en CORVALÁN, Juan G., *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag. 69 y ss, en part. pag. 130).

En febrero de ese mismo año, el Parlamento Europeo emitió una resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea respecto a normas de Derecho Civil sobre robótica (16/02/2017)¹⁶ en la que considera *“que el aprendizaje automático ofrece enormes ventajas económicas e innovadoras a la sociedad, al mejorar enormemente la capacidad de analizar datos, aunque también plantea retos a la hora de velar por la no discriminación, las garantías procesales, la transparencia y la inteligibilidad de los procesos decisorios”*.

En abono a nuestro estudio, es muy representativa la Carta Ética Europea sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno¹⁷, emitida en diciembre de 2018, por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo del Europeo, toda vez que bajo la premisa del principio denominado *“bajo control del usuario”* se garantiza *“excluir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y que controlen sus elecciones”*. Entiende que *“Los profesionales del sistema de justicia deberían, en cualquier momento, poder revisar las decisiones judiciales y los datos utilizados para producir un resultado y continuar sin estar obligados a ello a la luz de las características específicas de ese caso en particular”*. Y, los usuarios, por su lado, deben estar claramente informados *“de cualquier procesamiento previo de un caso por inteligencia artificial antes o durante un proceso judicial y tener derecho a objetar, de modo que su caso pueda ser escuchado directamente por un tribunal”*, lo que en definitiva asegura la participación humana y la intervención del interesado en cualquier momento, conforme las normas procesales vigentes.

Asimismo, la UNESCO presentó en 2019 un estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la inteligencia artificial¹⁸, y a tal fin propuso una serie de principios genéricos: derechos humanos, integración, prosperidad, autonomía, explicabilidad, transparencia, conocimiento y capacitación, responsabilidad, asunción de responsabilidades, democracia, buena gobernanza, y sostenibilidad. Como así también se destaca la labor del Vaticano cuando lanzara el llamamiento *“Ética en la inteligencia artificial”* o *“Llamado de Roma”* (28/02/2020) para promover la denominada *“algoritica”* según los principios de transparencia, inclusión, responsabilidad, imparcialidad, fiabilidad y seguridad-privacidad¹⁹.

Por otro lado, en año 2019 la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y los países socios, adoptaron el primer conjunto de directrices de políticas intergubernamentales sobre IA²⁰, y en lo que respecta específicamente al tema que nos ocupa, el principio de *“transparencia y explicabilidad”*²¹ prescribe que los *“agentes de IA deben comprometerse con la transparencia y la divulgación responsable con respecto a los sistemas de IA. Para ello, deben proporcionar información*

¹⁶ Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

¹⁷ En su versión en español, puede accederse en <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e-%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>

¹⁸ Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367422_spa/PDF/367422spa.pdf_multi

¹⁹ Al respecto, se destaca el discurso del Santo Padre Francisco de fecha 28/02/2020 en el Plenario de la Pontificia Academia Para la Vida, manifestando que *“no es suficiente la simple educación en el uso correcto de las nuevas tecnologías que no son, efectivamente, instrumentos “neutrales” porque, como hemos visto, modelan el mundo y comprometen a las conciencias en el ámbito de los valores”* (https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2020/february/documents/papa-francesco_20200228_accademia-perlavita.html)

²⁰ Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#mainText>

²¹ Comenta GASCÓN MARCÉN que hay autores que se muestran más escépticos sobre el principio de explicabilidad, ya que, según ellos, hay varias razones para dudar tanto de la existencia legal como de la viabilidad de un *“derecho a explicación”* porque el RGPD sólo exige que los interesados reciban información significativa (pero debidamente limitada) (arts. 13-15) lo que, en opinión de los autores debería entenderse más como un *“derecho a estar informado”* (GASCÓN MARCÉN, Ana, *“Derecho humanos e inteligencia artificial”*, en PÉREZ MIRÁS, Antonio, TERUEL LOZANO, German M, RAFFIOTTA, Edoardo C, IADICICCO, María Pía, (Directores), y ROMBOLI Silvia (Coordinadora), *Setenta años de la Constitución italiana y cuarenta años de la Constitución española*, Volumen V, ob cit, pag. 335 y ss., en part. pag. 346)

significativa, adecuada al contexto y coherente con el estado de la técnica", en particular, para "Permitir que los afectados por un sistema de IA comprendan el resultado", y "aquellos afectados negativamente por un sistema de inteligencia artificial cuestionen su resultado basándose en información simple y fácil de entender sobre los factores y la lógica que sirvió como base para la predicción, recomendación o decisión".

El "Libro Blanco sobre Inteligencia Oficial Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza" (Comisión Europea, 2020)²² pone de manifiesto una importante escala de "supervisión humana" según los casos: a) El resultado del sistema de IA no es efectivo hasta que un humano no lo haya "revisado y validado" (por ejemplo, dice el documento, la decisión de denegar una solicitud de prestaciones de seguridad social solo podrá adoptarla un ser humano), b) El resultado del sistema de IA es inmediatamente efectivo, pero se "garantiza la intervención humana posterior" (por ejemplo, la decisión de denegar una solicitud de tarjeta de crédito puede tramitarse a través de un sistema de IA, pero debe posibilitarse un examen humano posterior), c) Se realiza un seguimiento del sistema de IA mientras funciona y "es posible intervenir en tiempo real y desactivarlo" (por ejemplo, un vehículo sin conductor cuenta con un procedimiento o botón de apagado para las situaciones en las que un humano determine que el funcionamiento del vehículo no es seguro), d) En la fase de diseño, se imponen "restricciones operativas" al sistema de IA (por ejemplo, un vehículo sin conductor dejará de funcionar en determinadas condiciones de visibilidad reducida en las que los sensores sean menos fiables, o mantendrá una cierta distancia con el vehículo que lo preceda en una situación dada).

Véase, entonces, de qué manera los supuestos a) y b) se relacionan con nuestro objetivo de estudio, habida cuenta que en el caso de las decisiones administrativas o judiciales basadas exclusivamente en el tratamiento informatizado de los datos, el resultado del sistema debe ser revisado y validado por la persona humana, o por lo menos, la intervención humano posterior a través de la explicación pertinente.

En mismo año 2020, nuevamente la UNESCO, a través del Grupo Especial de Expertos (GEE), presenta un documento por el cual se proyecta recomendación sobre ética de la IA²³, y en materia de "supervisión y decisiones humanas", sincera que si bien en algunos casos los seres humanos tienen que compartir el control con los sistemas de IA por razones de eficacia, aclara que *"la decisión de ceder el control en contextos limitados seguirá recayendo en los seres humanos, ya que los sistemas de IA deberían ser investigados, diseñados, desarrollados, desplegados y utilizados para ayudar a los seres humanos en la toma de decisiones y en la actuación, pero nunca para reemplazar la responsabilidad humana final"*.

Finalmente, a los efectos de nuestra investigación no es un elemento menor recordar que en la Propuesta de Reglamento de Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA (5/10/2020)²⁴ -aplicable *"a aquellos casos en que una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA haya causado daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física de una persona física y los bienes de una persona física o jurídica, o bien haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable"*, se señala que en los sistemas de alto riesgo la responsabilidad del "operador" será objetiva por cualquier daño o perjuicio causados por la actividad física o virtual. En cambio, en los que no son considerados de alto riesgo, aquella será subjetiva, no obstante, la persona afectada debe poder acogerse a una presunción de culpa de operador, quien debe poder exculparse demostrando que ha observado el deber de diligencia.

²²Disponible en file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/1_ES_ACT_part1_v2.pdf.es.pdf

²³Disponible en https://ircai.org/wp-content/uploads/2020/07/Recommendation_first_draft_SPA.pdf

²⁴Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1

A escala nacional, el Marco Ético para una IA en Colombia (de agosto de 2020)²⁵ hace referencia, entre otros, al principio de "control humano de las decisiones propias de un sistema de inteligencia artificial (*Human-in-the-loop* y *Human-over-the-loop*)", estableciendo que en aquellos sistemas con cierta autonomía en sus decisiones, el ser humano debe tener el control especialmente en la etapa de implementación.

Además, la Carta de los Derechos Digitales de España²⁶, reconoce en su apartado V el "derecho de la persona a no ser localizada ni perfilada", estableciendo que "localización y los sistemas de análisis de personalidad o conducta que impliquen la toma de decisiones automatizadas o el perfilado de individuos, o grupos de individuos, únicamente podrán realizarse en los casos permitidos por la normativa vigente y con las garantías adecuadas en ella dispuestas" para lo cual el "El responsable del tratamiento deberá informar explícitamente al interesado sobre la finalidad de la localización, el perfilado o la decisión automatizada y sobre el ejercicio del derecho de oposición, y presentarlos claramente y al margen de cualquier otra información y con pleno respeto al derecho a la protección de datos a que se refiere el apartado III". Justamente, el derecho al no perfilamiento que implique toma de decisiones y el acceso a la información explícita, es nuestra especial preocupación, al mismo tiempo que también la posibilidad oponerse a tal situación, la que se presenta -en consecuencia- como una derivación lógica del debido proceso adjetivo o el derecho de defensa.

En conclusión, a los efectos de sistematizar y sintetizar la descripción de los principios ofrecidos por cada uno de los documentos antes expuestos, podría estarse a los cinco principios éticos para la IA que publica el filósofo italiano Luciano FLORIDI, tomando los cuatro principios enunciados por la bioética, esto es, beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia²⁷, a lo que se le suma un nuevo principio, el de explicabilidad, "tanto en el sentido epistemológico de "inteligibilidad" (como respuesta a la pregunta "¿cómo funciona?"), como en el sentido ético de "rendición de cuentas" (como respuesta a la pregunta: "¿quién es responsable de la forma en que funciona?)"²⁸.

6 EL DEBIDO PROCESO ALGORÍTMICO

Desde nuestra perspectiva, la prohibición de decisiones -administrativas y/o judiciales- basadas exclusivamente en el perfilamiento digital de la persona, lo que exige a la postre la debida participación del interesado previo acceso a la más amplia y suficientemente explicada información respecto el sistema inteligente, hunde sus raíces en el debido proceso adjetivo, el derecho de defensa, o si se prefiere, la tutela judicial y administrativa efectiva.

²⁵Disponible en <https://dapre.presidencia.gov.co/AtencionCiudadana/DocumentosConsulta/consulta-marco-etico-IA-Colombia-200813.pdf>

²⁶Elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, aunque no tenga carácter normativo vinculante Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

²⁷Autores argentinos, bajo la premisa de respeto a los principios de supervisión humana, de solidez técnica, de transparencia, de rendición de cuentas y de contribución al bienestar social, han propugnado la necesidad de "transformar una herramienta, la IA, en IARS, una Inteligencia Artificial Responsable Social, un bien común de la nueva sociedad digital" (AGUIAR, Henoch, "Inteligencia bifronte ¿libertad o esclavitud?", CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag 193 y ss., en part. pag. 202).

²⁸FLORIDI, Luciano, y otros, "AI4People: un marco ético para una buena sociedad de IA: oportunidades, riesgos, principios y recomendaciones", disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11023-018-9482-5#citeas>

En la Declaración de Toronto de 2018²⁹, firmada por destacables organizaciones internacionales, se reserva una sección para destacar el derecho a un recurso efectivo, rápido y ágil³⁰, exhortando a los gobiernos a que garanticen estándares de debido proceso para el uso del aprendizaje automático en el sector público, siendo la primera vez que se menciona la noción del debido proceso algorítmico³¹.

A su vez, uno de los principios fundamentales desarrollados por la destacadísima y ya muy conocidas "Directrices Éticas para una IA Fiable" (Comisión Europea, 2019)³², es el de explicabilidad, en el sentido que *"los procesos han de ser transparentes, que es preciso comunicar abiertamente las capacidades y la finalidad de los sistemas de IA y que las decisiones deben poder explicarse —en la medida de lo posible— a las partes que se vean afectadas por ellas de manera directa o indirecta"*, sin lo cual, es decir, sin esta información, entiende el documento citado que *"no es posible impugnar adecuadamente una decisión"* (párrafo 53), lo que -agregamos nosotros- también tiene que ver con el *"debido proceso algorítmico"*. Mas adelante, aclara el texto que *"el grado de necesidad de explicabilidad depende en gran medida del contexto y la gravedad de las consecuencias derivadas de un resultado erróneo o inadecuado"*, aspecto que -según nuestro análisis- es esencial en aquellos supuestos en que las decisiones tengan consecuencias directas sobre la esfera de las situaciones jurídicas subjetivas.

En este entendimiento, la Asamblea General de Naciones Unidas sostiene que los sistemas de IA dificultan que se cumpla con el debido proceso legal, toda vez que 1) la notificación individual casi está excluida por la naturaleza del sistema y 2) la escrutabilidad del sistema de IA es compleja y muchas veces dificultosa inclusive para expertos y agrega *"los procesos automáticos de respuesta suscitan dudas de que los mecanismos de atención de quejas constituyan un recurso efectivo, en vista de la falta de discreción, análisis contextual y determinación independiente incorporada en estos procesos"*³³.

Sumado a ello -ilustra María CARABALLO- un gran problema que plantea esta tecnología en la "generalización": *"Para vivir en sociedad y poder entendernos entre unos y otros, es necesario generalizar y lo hacemos diariamente. Esto es así, ya que las generalizaciones nos permiten entender características más o menos comunes de las cosas. Sin embargo, cuando hablamos de seres humanos, las generalizaciones llevan, en su gran mayoría, a discriminaciones y inequidad, vulnerando de esta manera uno de los derechos humanos más importantes que atraviesa a todos, el derecho a la equidad"*³⁴.

Por ello, concluye la autora, *"Las inequidades y generalizaciones también se plasman al utilizar la tecnología, es especial en la toma de decisiones automatizadas por medio de inteligencia"*

²⁹Disponible en <https://www.accessnow.org/the-toronto-declaration-protecting-the-rights-to-equality-and-non-discrimination-in-machine-learning->

³⁰Dice se *"requiere que todos puedan obtener un recurso efectivo y una reparación cuando sus derechos hayan sido denegados o violados"*.

³¹ADARO, Mario, y REPETTO, Marisa, "Ciber-Etica y la necesidad de un ecosistema de gobernanza digital", en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, ob. cit., pag 447 y ss., en part. pag. 465.

³²Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-es/format-PDF>

³³Res 73/348 de la Asamblea General "Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión" A/73/348, 29 de agosto de 2018.

³⁴CARABALLO, María, "Inteligencia artificial, inequidad y discriminación en cajas negras", CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag. 273 y ss., en part. pag. 292.

artificial, teniendo en cuenta que, en la mayoría de las veces, ni si quiera sabemos que estamos siendo sometidas a perfilamiento o procesamiento de nuestros datos, pudiendo ser víctimas de discriminaciones, imposibilitadas de ejercer nuestro derecho de defensa. Incluso si somos conscientes de que estamos siendo sometidas a algún tipo de perfilamiento o toma de decisiones basadas en inteligencia artificial, es muy difícil reclamar, de manera directa a los algoritmos. Ellos no conocen de mediaciones ni apelaciones”³⁵.

En este punto, y directamente vinculado con el debido proceso adjetivo, tenemos para nosotros que la prohibición del decisionismo basado exclusivamente en el tratamiento automatizado de datos, responde a la natural división entre el resultado de la predicción, y el arte y oficio del juicio, y en consecuencia, diferenciar el trabajo entre inteligencia artificial y los humanos. Corresponde, entonces, trazar una línea divisoria entre predicción y juicio, y con ello, segmentar el trabajo entre inteligencia artificial y el propio de los humanos. Explica Horacio GRANERO que “Una predicción no es una decisión. Tomar una decisión requiere aplicar el juicio a una predicción y luego actuar. Y esto, es un punto crucial” y aclara que “si bien la predicción es un componente clave de cualquier decisión, no es el único componente. Los otros elementos de una decisión (juicio, datos y acción) permanecen, por ahora, firmemente en el reino de los humanos. Son complementarios de la predicción, lo que significa que su valor aumenta a medida que la predicción se vuelva más económica”³⁶.

7 CONCLUSIONES

Desde nuestra óptica, la prohibición estudiada no alcanza a toda la automatización de las decisiones administrativas y/o judiciales por medio del uso de IA en el marco de un procedimiento previo llevado a cabo por la Administración pública o el Poder Judicial, en ejercicio de potestades públicas, como sí bregamos y defendemos. Por el contrario, la norma veda solamente la realización -tal como dice el título del artículo 32 del proyecto argentino mencionado- de las “valoraciones personales automatizadas”-es decir el “perfilamiento” digital o “personalidad” parcial- ya que el mismo podría traer consecuencias jurídicas disvaliosas para la persona humana y sus derechos. En este sentido, se ha reflexionado que “en la era del perfilamiento, el titular del dato tiene una identidad digital mellada, una identidad digital disociada y determinista, que puede llegar a ser letal, para él mismo, como aquellos que lo sucedan”³⁷.

Y esto es así, toda vez que si bien es posible que la Administración (y también la justicia) comience por automatizar el procedimiento de expedientes cuya resolución conlleve el cumplimiento de

³⁵CARABALLO, María, “Inteligencia artificial, inequidad y discriminación en cajas negras”, CORVALÁN, Juan G (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag. 273 y ss., en part. pag. 293.

³⁶GRANERO, Horacio Roberto, “De los sistemas inteligentes de medición del caos a GPT-3 y la asistencia a los abogados de la última milla”, CORVALAN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T III, ob. cit., pag. 195, en part. pag. 212. Expresa el autor que “El juicio es una tarea complicada, requiere sentido común y comprensión del mundo, dos áreas en las que los algoritmos de aprendizaje automático aun luchan por conseguirlos y es por eso que a pesar de los avances tecnológicos los humanos deben seguir juzgando y decidiendo sobre múltiples objetivos que se extienden a corto y largo plazo, debiendo efectuar evaluaciones en situaciones dinámicas complejas”.

³⁷FALIERO, Johanna Caterina, “Los desafíos jurídicos del *big data*. Tensiones de derechos ante la parametrización analítica, la toma automatizada de decisiones, el *targetting* y el perfilamiento”, en *Legaltech II, el Derecho ante la Tecnología*, Suplemento Especial, La Ley, octubre 2019, pag. 71 y ss., en part. pag. 72.

requisitos objetivables y tasados, mediante los cuales se pueden comprobar dicha operación fácilmente a través de bases de datos y programas que propongan la solución a adoptar, también lo es que, con la oportuna supervisión humana³⁸, en determinadas fases del procedimiento, es perfectamente viable la implementación de IA en procedimiento de otorgamiento de beneficios fiscales, licencias, habilitaciones, ayudas, subvenciones³⁹, lo que -claro está- impacta sobre la esfera de los derechos individuales del administrado, y allí entonces los reparos antes expuestos.

Aunque el tratamiento automatizado de datos basado en IA puede ser útil para brindarnos oportunidades personales, es cierto también que pueden ser muy perjudiciales cuando se usan para finalidades distintas a las autorizadas. Por ejemplo, cuando se resuelve aceptar o rechazar una solicitud de empleo o para ingresar a una institución educativa, se lo haga únicamente basándose en tratamiento de datos personales de manera automatizada, sin que se brinden los motivos por los cuales se toma una u otra decisión. “Estos procedimientos de selección pueden conducir a un trato discriminatorio, y por eso es clave hacer efectivo el derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en perfiles elaborados por tratamientos automatizados. El Reglamento de la Unión Europea lo consagra expresamente, y también se incluye el derecho a no ser objeto de la elaboración de perfiles. Todo esto, siempre que esta decisión produzca efectos jurídicos en él o lo afecte significativamente de modo similar”⁴⁰.

Este camino -entendemos- es el correcto para combatir o por lo menos mitigar los efectos de los sesgos en los sistemas inteligentes, lo que sin dudas se presenta con mayores dificultades en el ámbito público, porque -como comenta calificada doctrina- “si tales mecanismos cuentan con un sesgo obtenido, sea de los datos, sea del diseño de su función de éxito, el resultado será una amplificación de la discriminación que experimentan los miembros más vulnerables de nuestra sociedad, esta vez distribuida de una manera automatizada por parte de la propia autoridad estatal que, teóricamente, está justamente encargada de combatirla”⁴¹.

Como se sabe, la IA puede corromper la lógica de la pureza, ya que “abre espacio para la manipulación a partir de preconceptos, sugestionamiento de sesgos inconscientes y tergiversando la voluntad a partir de imágenes preconcebidas de personas, cosas o situaciones, definiendo y limitando personas o un grupo de personas en la sociedad a través de estereotipos”⁴², por lo que, naturalmente debe estar siempre la alternativa de demandar eficazmente el cese de todo acto discriminatorio, y

³⁸Al respecto la Comisión Europea tiene dicho “La supervisión humana ayuda a garantizar que un sistema de IA no socave la autonomía humana ni cause otros efectos adversos. Dependiendo del sistema específico de IA y de su 5 ámbitos de aplicación, deben garantizarse los grados adecuados de medidas de control, incluida la adaptabilidad, la exactitud y la aplicabilidad de los sistemas de IA” Comisión Europea, “Generar confianza en la inteligencia artificial centrado en el ser humano”). Las técnicas de aprendizaje supervisado “son las más utilizadas y al mismo tiempo las más costosas, ya que se requiere de la intervención humana para supervisar el algoritmo, y a su vez una cantidad de ciento de miles de registros (fotos, archivos, videos, etc) para que esta aprenda (CARABALLO, María, “Inteligencia artificial, inequidad y discriminación en cajas negras”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag. 273 y ss., en part. pag. 279).

³⁹PADILLA RUIZ, Pedro, “Inteligencia artificial y administración pública Posibilidades y aplicación de modelos básicos en el procedimiento administrativo”, *El consultor de los ayuntamientos*, Rev 10, 2019, pag. 96 y ss., en part. pag. 102.

⁴⁰CORVALAN, Juan Gustavo, *Perfiles digitales humanos. Proteger datos en la era de la inteligencia artificial. Retos y desafíos del tratamiento automatizado*, Thomson Reuters, La Ley, Bs. As., 2020, pag. 137.

⁴¹AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, y MADRID, Raúl, “Sesgo e inferencia en redes neuronales ante el derecho”, en AGUERRE, C. (Edit), *Inteligencia artificial en América Latina y el Caribe Ética, Gobernanza y Política*, Facultad de San Andrés, Bs As, pag. 15.

⁴²LIMA LÓPEZ VALLE, Vivian Cristina y GALLO APONTE, William Iván, “Inteligencia artificial y arbitraje en la administración pública”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T II, ob. pag. 241 y ss., en part. pag. 250.

ello es así, por lo antes dicho: el principio de “explicabilidad algorítmica”, “cuya efectiva vigencia será sustancial para que el sujeto afectado por la decisión asociada a un sistema de IA pueda ejercer su derecho de defensa en la oportunidad de cuestionarla”⁴³.

En definitiva, el régimen invocado lejos de prohibir las decisiones administrativas y/o judiciales automatizadas, las permite, pero con una limitante: aquellas no pueden estar exclusivamente fundadas en valoraciones respecto tratamiento informatizado de la persona humana, lo que es evidente, no solo por la relatividad de tales perfiles, sino por la imposibilidad de la persona de participar en su elaboración, lo que a la postre trae consecuencias negativas respecto los derechos al debido proceso, de defensa, de protección de datos personales, de privacidad, entre otros. Y, eventualmente, si la Administración o el Poder Judicial utilizan esos instrumentos, sin que esté exceptivamente autorizada a hacerlo –tal el caso del previo consentimiento del interesado- el administrado y/o justiciable tendrá la posibilidad de recurrir dicho acto a través de los medios impugnativos que la normativa autoriza⁴⁴, fundado en los vicios nulificantes de la resolución, principalmente en el procedimiento previo.

Este es sin dudas el camino que nos lleva a tender puentes entre la IA y una inteligencia profesional: “La que va a poner la inteligencia artificial a su servicio La que lleva a aumentar y potenciar el trabajo de los abogados La que nos presenta desafíos cada vez más interesantes La que nos obliga a involucrarnos, con toda nuestra humanidad La que, en definitiva, nos convierte en mejores abogados y -sobre todo- en mejores personas”⁴⁵.

⁴³SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana, “Inteligencia artificial, sesgos y categorías sospechosas Prevenir y mitigar la discriminación algorítmica”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, pag. 299 y ss., en part. pag 316.

⁴⁴En las citadas “Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial”, se sugiere “establecer canales de revisión para que las decisiones tomadas por una maquina puedan ser revisadas por humanos para ratificarlas o rectificarlas”. De igual manera, advierte las mencionadas “Orientaciones Específicas par el Cumplimiento de los Principios y Derechos que Rigen la Protección de los Datos Personales en los Proyectos de Inteligencia Artificial” que “No obstante, cuando sea necesario para la relación contractual o el titular hubiere manifestado su consentimiento tendrá derecho a obtener la intervención humana; recibir una explicación sobre la decisión tomada; expresar su punto de vista e impugnar la decisión”.

⁴⁵MARSIGLIA, Gabriela y RENNELLA, María Paula, “Inteligencia profesional (dos puntos) una diferencia frente a la IA”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T III, pag 235 y ss., en part. pag. 254. ¿Por qué distinguimos en este capítulo entre conocimiento y habilidades? Se pregunta la doctrina. “Las segundas, a diferencia de las primeras, implican en muchos casos cuestiones que exceden la práctica profesional y es a ello que no estamos acostumbrados los abogados. A diferencia, asimismo, del conocimiento, las habilidades son más difíciles de adquirir y mantener”. Y justamente “las aptitudes que serán más requeridas en el mercado laboral para el 2025 se clasifican en 4 campos (dos puntos) (i) solución de problemas; (ii) capacidad de autogestión humana; (iii) trabajo en equipo; (iv) uso y desarrollo de tecnología” (BRAUN PELEGRINI, Ezequiel, “Brevity Más tiempo para los abogados del futuro”, en CORVALAN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T III, ob. cit., pag. 221, en part. pag. 225).



Recebido em: 07/10/2021

Aprovado em: 03/12/2021