

Toma de decisiones automatizada

Una comparación entre el proyecto de ley chileno y la regulación europea



Decisiones individuales automatizadas (Art. 22 GDPR)

*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.*

TOKYO 2020



¿Derecho o prohibición?

- Que sea derecho implica:
 - Que el interesado debe invocarlo, cambiando la carga de la prueba
 - Para poder invocarlo, debe estar consciente del hecho
 - Debe hacer valer dicho derecho ex-post.
- Article 29 Data Protection Working Party declaró en sus Guidelines del 2017 que se trata de una prohibición general.
- Razones:
 - Considerando 71 establece que el procesamiento “debe ser permitido” bajo ciertas condiciones.



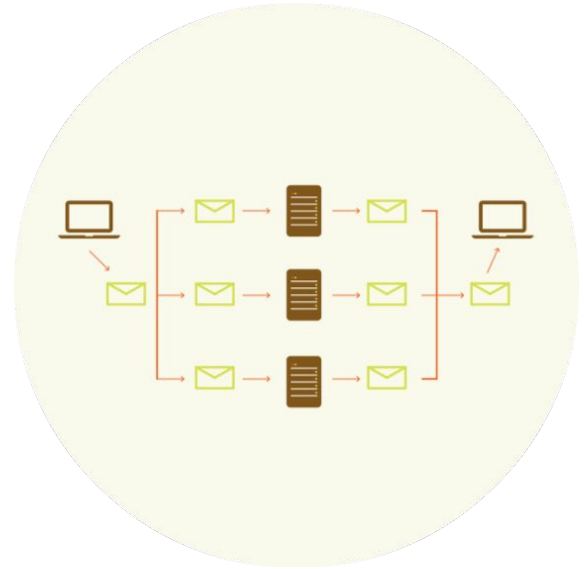


Decisiones individuales automatizadas (*Artículo 8° bis, proyecto de ley*)

*El titular de datos tiene derecho a **oponerse** y a **no ser objeto** de decisiones basadas en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles que **produzcan efectos jurídicos** en él o **le afecte significativamente**.*

Basada *únicamente* en **tratamiento automatizado**

- Problema: permite que un nivel nominal o simbólica de participación humana legitime un tratamiento de datos
 - Esto permitiría eludir la prohibición, derrotando el propósito de la norma.
- Article 29 Data Protection Working Party declaró que la participación no es significativa:
 - Cuando no ejerce influencia en el proceso
 - Es de carácter formal
 - No existe un análisis antes de adoptarse la decisión
- Fenómeno “computer says yes”.



Produce efecto jurídicos o Le afecte de forma similar

- Debe afectar un derecho legal, en caso de efectos similares el considerando 71 da una lista no exhaustiva:
 - Denegación automatizada de créditos o postulación a puestos de trabajos sin mediación humana.
- Esto implica que la persona afectada no sólo debe estar al tanto del tratamiento prohibido, sino además ser capaz de demostrar que este tuvo un efecto jurídico negativo o un efecto similar en él.



Diferencias

- El proyecto chileno no exige que el procesamiento esté basado únicamente en el tratamiento automatizado.
- No está claro que la orgánica chilena tenga la capacidad de interpretar administrativamente que no ser objeto de tratamiento automatizado se trata de una prohibición y no de un derecho que deba ejercerse.
- En el proyecto chileno se elimina la frase "de forma similar", lo que facilita la aplicación del artículo.
- GDPR no permite el tratamiento automatizado de las categorías especiales de datos, el proyecto chileno sí. .





Salvaguardas (Art. 22)

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**



Salvaguardas (Art. 8 bis)

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**.

Diferencias

- Las salvaguardas en la legislación chilena aplican para **todos los casos** de decisiones automatizadas, la legislación europea excluye los casos en donde el tratamiento está autorizado por la ley.
- El proyecto chileno parece admitir hipótesis fuera de las tres compartidas con el GDPR, al señalar que se incluyen las causales a), b) y c). Esto también indica que no se trata de una prohibición.
- Ambas legislaciones consagran:
 - Salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.
 - Exigir una intervención humana
 - Expresar punto de vista
 - Impugnar la decisión.
- El proyecto chileno también agrega el derecho a una explicación, cuya existencia es discutida a nivel europeo.



Derecho a una explicación

- El considerando 71 incluye este derecho como salvaguarda, pero el artículo 22 no. Los recitales no tienen una operación positiva por sí mismos y no en fuente de derecho (Klimas y Vaiciukaite, 2008)
- El derecho a ser informado (Art. 13) sólo obliga a informar la lógica involucrada y las posibles consecuencias (en futuro, no pasado).



¿Es técnicamente factible?

- Implica pedirle una relación causal a modelos que son meramente predictivos.
- No permite acceso al algoritmo. Incluso acceder al código no garantiza una explicación sin acceso a las bases de datos que lo alimentan.
- Por el volumen de información y las correlaciones involucradas, es muy probable que el administrador humano no pueda obtener una explicación.

```
String name; // key field
private String address;
private String number;
public Listing(String n, String a, String num)
{
    name = n;
    address = a;
    number = num;
}
public String toString()
1. { return("Name is " + name +
2.     "\nAddress is " + address +
3.     "\nNumber is " + number + "\n");
4. }
5. public Listing deepCopy()
6. { Listing clone = new Listing(name, address, number);
7.   return clone;
8. }
9. public int compareTo(String targetKey)
10. { return(name.compareTo(targetKey));
11. }
12. public void setAddress(String a) // coded to
13.     // encapsulate
14.     address = a;
15.     // end of setAddress method
16. }
17. class Listing
```

Ola Netherlands BV del 11 de marzo, 2021

- Corte confirmó el derecho a acceso de los conductores al rating de los usuarios.
- El dato “**probabilidad de fraude**” era generado de forma automatizada.
- Corte permitió el acceso debido a que estaba contemplado entre la información sobre lógica del sistema:
 - “...para que pueda comprender en base **a qué criterios** se ha tomado esa decisión y pueda **verificar la corrección** y licitud del procesamiento de datos”.



Case C/13/692003/HA RK

del 11 de marzo, 2021

- Los usuarios de los conductores fueron eliminados automáticamente en base a "detección de fraude".
- Uber demostró tener un **EMEA Operational Risk team**, por lo tanto negó que la decisión se tomará exclusivamente en base a tratamiento automatizado.
- La corte declaró legítimo el tratamiento de datos, ya que -aunque generó efectos jurídicos- el sistema requería el voto unánime de dos empleados. O sea, participación humana significativa.



Case C/13/696010 / HA ZA

del 21 de abril, 2021

- Caso muy similar al anterior.
- Uber no presentó prueba.
- Corte declaró que Uber:
 - Utilizó mensajes genéricos y poco específicos para notificar a los conductores.
 - No entregó información significativa que les permitiera entender y objetar la decisión.
 - Los dejó en una “**situación kafkiana**, en la que se violaron sus derechos sobre la base de alegaciones infundadas sin la capacidad de poder defenderse”.



¿Qué nos indica la **jurisprudencia**?

- Casos Uber 2021:
 - Ante situaciones muy similares el resultado fue el opuesto por razones probatorias.
 - En caso de demostrarse que la decisión no se tomó **únicamente** por medios automatizados, deja de operar la protección contenida en el Art. 22.
 - Facilidad para demostrar participación humana
 - Computer says yes.
- Existe el riesgo de que la participación simbólica o "token" permita eludir la prohibición.



Gracias!

Preguntas?

Me pueden encontrar en www.pabloviollier.net/contacto o en pablo.viollier@mail.udp.cl

