

**INTERPONEN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. FORMULAN RESERVA DEL
CASO FEDERAL**

Sres. Jueces:

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), representado en este acto por Paula Litvachky, en calidad Directora Ejecutiva de la mencionada institución, y el abogado Diego R. Morales, con el patrocinio letrado de Tomás I. Griffa (T° 125 F° 695 CPACF), manteniendo el domicilio constituido en la calle Piedras 547 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, correspondiente a la zona de notificación 0052, y el electrónico en el usuario 20334211828, en autos caratulados “OBSERVATORIO DE DERECHO INFORMÁTICO ARGENTINO O.D.I.A. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE - AMPARO - OTROS”, Expte. N° 182908/2020-0, a VV.EE. respetuosamente decimos:

I. OBJETO

Que de conformidad con lo establecido en los artículos 26, inc. 4° de la Ley 7 Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y artículos 27 y 28 de la Ley 402 de procedimientos, venimos a interponer, en legal tiempo y forma, recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de fecha 28 de abril del corriente (notificada a esta parte ese mismo día), dictada por esta Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo, en tanto allí se resolvió no hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por esta parte contra la sentencia de la Jueza de primera instancia.

Por los motivos que se desarrollarán a continuación, solicitamos se declare admisible el recurso, se eleve al Tribunal Superior de la Ciudad, se haga lugar a nuestra pretensión y se deje sin efecto la resolución indicada en cuanto es materia de agravio en la presente impugnación.

Y, consecuentemente, se dicte una resolución conforme a derecho, declarando la inconstitucionalidad de la Resolución N° 398/MJYSGC/19 en su totalidad, y de los arts. 478, 480, 484, 490, 480 bis y 490 bis de la Ley n° 5688 (texto cf. Ley 6339).

II. ANTECEDENTES

II.1 El inicio del proceso

El presente proceso de amparo, iniciado por el Observatorio de Derecho Informático (ODIA), tiene por objeto que se realice un control de constitucionalidad y convencionalidad del *“acto administrativo Resolución N° 398/MJYSGC/19 y en la Ley N° 6.339, que modifica la Ley N.º 5.688 los artículos 478, 480, 484, 490 y las incorporaciones de los artículos 480 bis y 490 bis, por ser dicho acto y dichas modificaciones inconstitucionales y contrarias a los distintos Convenios Internacionales firmados por el País, las mismas son con respecto al el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos , el Sistema Preventivo y el Sistema Forense, sus correspondientes Registros de Base de Datos Informatizada y de la que se realizan tratamientos de datos automatizados, El sistema de Borrado o Conservación de imágenes y videos, los plazos para remitir informaciones, modificaciones y criterios en cuanto la implementación del sistema por parte de la Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia y Defensoría del Pueblo por no existir los informes Constitucionales y Convencionales previos, así como la conformación de la propia Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia”*.

Como medida cautelar, se solicitó en el escrito de inicio la inmediata suspensión de las normas indicadas, que implementaron el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El 31 de agosto del año 2021, el juez de grado dispuso ordenar las medidas de publicidad pertinentes a fin de garantizar que las personas que pudieran llegar a tener un interés en el resultado del litigio conozcan su existencia, en concordancia con lo resuelto por la CSJN en las causas “Halabi” y “Padec” (act. N° 1749420/21).

En dicha oportunidad, se puntualizó el objeto procesal, enfatizando especialmente las normas federales involucradas: *“el objeto de la presente acción de amparo colectivo consiste*

en que se realice un control de constitucionalidad y convencionalidad de la Resolución N° 398/MJYSGC/19 y de la Ley N° 6.339, en cuanto prevén el “SISTEMA DE RECONOCIMIENTO FACIAL DE PRÓFUGOS”, modificando la Ley N.º 5.688, artículos 478, 480, 484, 490 y las incorporaciones de los artículos 480 bis y 490 bis, por ser contraria a los artículos n° 14, 14 bis 18, 19, 33, 43, 75 inc 22 de la Constitución Nacional; artículos n° 14, 16, 18, 34, 36, 38, 39, 61 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, a la OC 5/85 de la CIDH (Derecho a Reunión de Terceros), al art. 1710 del CCCN, al art. 7 del Pacto de San José de Costa Rica, a los artículos 4, 5, 7, 9, 14, 17, 20, 21, 24 del Pacto de Derechos Civiles y políticos, y a las leyes n° 2.145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 1845 de CABA sobre protección de datos personales y n° 25.326 de Protección de Datos Personales” (ibídem).

Así las cosas, el 14 de octubre de 2021 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) se presentó en la causa, adhiriendo a la acción de amparo promovida. En dicha presentación, pusimos de relieve que el funcionamiento del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos (en adelante, SRFP) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conlleva un riesgo cierto para derechos fundamentales de las personas que transitan y residen en la Ciudad.

Expusimos que el sistema afecta el derecho a la privacidad, puesto que implica una posibilidad concreta y actual de afectación a la protección de la privacidad que conlleva que el Estado posea la capacidad tecnológica autónoma de saber cuándo una persona simplemente pasa por un lugar.

Y destacamos a su vez la palmaria ausencia del requisito de proporcionalidad, en tanto la vigilancia y el análisis de los datos de todas las personas que transitan por los lugares monitoreados por las cámaras que integran el sistema, destinada a dar con un número limitado de individuos respecto de los cuales existen órdenes de captura pendientes, traduce una restricción del derecho a la privacidad y la intimidad que resulta incompatible con todo criterio de razonabilidad.

Asimismo, sostuvimos que la posibilidad de errores en las identificaciones que realiza el sistema afecta las garantías del art. 18 de la constitución, aumenta innecesaria y desproporcionadamente el riesgo de arbitrariedades, y que vulnera el principio de igualdad y

no discriminación, porque los yerros de este tipo de sistemas informáticos aumentan en función del color, la raza y el género de las personas, incrementándose las posibilidades de errores, y de falsos positivos, en supuestos de personas pertenecientes a minorías, generando un impacto desproporcionado sobre tales grupos.

II.2. Los informes del RENAPER y de la CONARC. La medida cautelar

A los efectos de resolver la medida cautelar peticionada en el escrito de inicio, el Juez interviniente dispuso la realización de una serie de diligencias en los términos del art. 29 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad (CCAyT), esto es, medidas para mejor proveer.

Puntualmente, se requirió al Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad: "a) remita el convenio suscripto con la Defensoría del Pueblo de la CABA conforme lo dispuesto en el art. 3 de la resolución 398/2019; b) informe si realizó algún estudio de impacto sobre los datos personales previo al dictado de la resolución 398/2019; c) informe acerca del registro al que alude el art. 490 de la ley 5.688 cómo está compuesto, su funcionamiento, dispositivos y/o medidas de seguridad, y cualquier otro dato de utilidad; d) acompañe, respecto a la información aludida en el art. 490 de la ley 5.688, el informe que presentó a la Defensoría del Pueblo y a la Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia. Hágase saber que de contener información sensible cuya publicidad no se encuentre normativamente autorizada, deberá presentarlo en la sede del Tribunal en sobre cerrado; e) remita el Protocolo de Actuación mediante el que el Ministerio de Justicia y Seguridad facilita el acceso a los ámbitos institucionales propios a la Defensoría del Pueblo de la CABA; f) informe la fecha exacta en la que se implementó el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos, si se vio afectado por alguna suspensión –en dicho caso indique los motivos y el período– y el estado actual de operatividad; g) informe la cantidad exacta de detenciones sucedidas por falsas alarmas desde la implementación Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos, conforme lo narrado por el propio GCBA en su presentación actuación n° 2306959/21; h) informe si de la implementación, al Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos se le realizaron modificaciones, mejoras o ajustes, en tal caso, las describa e informe cuales fueron los resultados obtenidos".

Además, se solicitó a la Defensoría del Pueblo local “a) remita el convenio suscrito con el Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA conforme lo dispuesto en el art. 3 de la Resolución n° 398/2019; b) informe qué accionar desplegó en el marco de la función encomendada por el art. 3 de la resolución n° 398/2019 del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA, indicando criterios de auditoría y revisión del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos; c) indique si recibió por parte del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA la información referida en el art. 490 de la ley 5.688, en cuyo caso, deberá presentarla e informar qué acciones realizó en base a ella; d) informe cuáles fueron las labores desplegadas como organismo de control en el marco de las funciones atribuidas por los arts. 22 y 23 de la ley 1.845, relacionadas con los sistemas de video vigilancia en general y, puntualmente, con el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos; e) especifique si inició algún procedimiento disciplinario, recibió o formuló denuncias y/o reclamos judiciales por la comisión de infracciones al régimen establecido la ley 1.845, conforme su art. 23, relacionadas con los sistemas de video vigilancia en general y, puntualmente, con el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos; f) indique si elaboró algún informe sobre el impacto de la ley 6.339 (modificatoria de la 5.668) sobre los datos personales, conforme lo dispuesto por el art. 23 de la ley 1.845 y en caso afirmativo, lo remita”.

También se requirieron informes a la Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia de la Legislatura de la CABA, creada por el art. 490 bis de la ley 5688 (incorporado por la ley 6.339). Y a diversas Cámaras en lo penal respecto de “qué utilidades, resultados, beneficios o vicisitudes han surgido en virtud de la implementación del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos en el ámbito de sus competencias y remitan la documentación que consideren relevante”.

Asimismo, se libró oficio al Registro Nacional de Reincidencia, para que “a) describa detalladamente el funcionamiento de la base de datos del Sistema de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC) en conjunción con el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos en el ámbito de la CABA; b) exponga la utilidad, experiencia, resultados, implicancias, vicisitudes, conflictos, mejoras y cualquier otro dato que considere relevante respecto a la implementación del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos en el ámbito de la CABA; c) informe si ha suscrito algún tipo de convenio o documento con el Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA y/o la Defensoría del Pueblo de la CABA en el

marco de la implementación de sistemas de video vigilancia en general y, puntualmente, del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos; y d) remita la documentación que considere relevante relacionada con el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos”.

Por último, se dispuso la realización de una constatación en el Centro de Monitoreo Urbano, lugar de funcionamiento del SRFP.

La materialización de dichas medidas de prueba y la información incorporada al expediente en consecuencia puso de relieve un conjunto de situaciones que echan un fuerte manto de duda sobre el empleo del SRFP por parte de las autoridades locales, e implican, cuanto menos, gravísimas irregularidades.

En efecto, de conformidad con las normas que regulan el sistema, su empleo debe limitarse a la búsqueda de personas registradas en la CONARC, salvo que medie orden judicial (cf. arts. 485 y 485 bis, Ley N° 5688 de Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad de Buenos Aires, texto según modificaciones introducidas por la Ley N° 6339).

Para la obtención de los datos biométricos que nutren el SRFP, el Ministerio de Justicia y Seguridad local suscribió un Convenio de Cooperación Técnica con el Registro Nacional de las Personas (RENAPER).

Ahora bien, mientras que el listado de la **CONARC (es decir, el que la legislación habilita sea empleado como base del SRFP)** comprende unas 40.000 personas, según consta en el expediente, se ha comprobado -en esta causa- que el gobierno local ha requerido al RENAPER los datos biométricos de más de 7.000.000 (siete millones) de personas empleando como sustento el convenio referido (ver act. 783420/2022).

En función de estas circunstancias, y de las falencias detectadas en los distintos mecanismos de control del Sistema, el entonces Juez interviniente Roberto Gallardo resolvió hacer lugar a la medida cautelar, dispuso la suspensión del uso del SRFP, y ordenó la realización de una pericia informática vinculada a las irregularidades constatadas en autos respecto del Sistema (act. 783420/2022, de fecha 11 de abril de 2022).

En dicha tarea, **los expertos de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (y los propios consultores técnicos designados por el GCBA)** comprobaron que existen registros de datos de unas 8045 personas que fueron cargados en el SRFP y que no

están incluidos en los listados de la CONARC (archivo “people”, datos personales en SRFP, pág. 32 del peritaje, act. 1896655/2022). Y que estos datos fueron ejecutados en el SRFP (ibíd.).

Posteriormente el 13 de julio de 2022 el Superior Tribunal de Justicia de esta Ciudad resolvió hacer lugar a la recusación planteada por el demandado contra el juez de la causa, Roberto Andrés Gallardo, y apartarlo de la causa (act. 1926689/2022). Esa decisión fue recurrida por esta parte, como así también por el Observatorio de Derecho Informático Argentino (ODIA), mediante recurso extraordinario, que se encuentra pendiente de resolución.

II.3. La sentencia de primera instancia

Luego de producida la prueba, el 7 de septiembre de 2022 la Sra. Jueza de primera instancia dictó sentencia en la causa. Resolvió *“hacer lugar a la acción de amparo declarando la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Resolución 398/19 en cuanto el SRFP se implementó sin cumplir con los recaudos legales de protección de los derechos personalísimos de los habitantes de la Ciudad de Bs. As. (...) declarar la nulidad de todo lo actuado por el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad de Bs. As. en el marco del SRFP, en violación del artículo 3 del Anexo de la Resolución 398/19, es decir, sin orden judicial constatable (...) supeditar la puesta en funcionamiento del SRFP a la constitución y debido funcionamiento de los órganos de control (comisión especial de seguimiento de los sistemas de video vigilancia en el ámbito de la Legislatura de la Ciudad de Bs.As. - art. 495 bis ley 5.688-, y Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Bs. As. - art. 22 ley 1845”* (act. 2453371/2022).

Para así decidir, la sentencia analizó detalladamente las deficiencias en los mecanismos de control previstos legal o reglamentariamente, estableciendo la magistrada de grado que *“a) la Defensoría del Pueblo se ve imposibilitada en su accionar como órgano de control, carácter atribuido mediante el art. 22 de la ley 1.845 de protección de datos personales y como auditora del SRFP en virtud del art. 3 de la resolución 398/2019 del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA; b) la Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia de la Legislatura no está constituida, pese a lo establecido en el*

art. 495 bis de la ley 5.688, por lo que el Poder Legislativo no está en condiciones de verificar el funcionamiento del SRFP; y c) tampoco el Ministerio de Justicia y Seguridad efectuó un control interno”.

A su vez, ponderó el funcionamiento del SRFP, explicando que, mediante las cámaras de video vigilancia el sistema capta imágenes que se visualizan y procesan en el Centro de Monitoreo Urbano (CMU) de la Policía de la Ciudad, las coteja con los datos biométricos contenidos en la CONARC, y, en caso de detectar una coincidencia, emite una alerta para que personal policial actúe en consecuencia.

Al respecto la jueza puso de relieve que, según ha informado en la causa el propio Director del Registro Nacional de Reincidencia (organismo en el marco del cual funciona la CONARC) *“se advierte que la utilización de esta base de datos puede motivar algún tipo de conflicto al dar lugar a una detención errónea comúnmente denominada ‘falso positivo’”. Y señaló además que análogas conclusiones se desprenden de los informes de la Defensoría del Pueblo local: la “Defensoría no puede aún garantizar que al día de hoy [06/08/2020] no exista la alta tasa de errores detectados en las detenciones por problemas en la base de datos. En relación con ello hay que entender que el sistema es una totalidad, por lo que corresponde realizar estudios previos de constatación del éxito de la herramienta para evitar vulneraciones a los derechos de las personas”.*

La jueza fue contundente en este punto y reseñó caso tras caso de detenciones erróneas, contrarias a todo precepto legal y constitucional, que habían sido la directa consecuencia de la implementación del Sistema debatido en autos (págs. 43/44 de la sentencia).

La resolución expuso, además, que no se realizó de modo previo a la implementación y puesta en funcionamiento del SRFP un estudio relacionado con el impacto que dicha herramienta tiene sobre los datos personales. Tal proceder viene impuesto, a su vez, por el mecanismo diseñado por la Agencia de Acceso a la Información Pública, la llamada "Guía para la Evaluación de Impacto en la Protección de Datos (EIPD)", y fue recomendado, también, por el entonces Defensor del Pueblo en ocasión de efectuar comentarios sobre el proyecto de reforma de la ley N° 5688.

“En este marco - concluyó la jueza de grado - la Evaluación de Impacto en la Protección de Datos (EIPD) luce por excelencia como la herramienta más atinada y fundamental a fin de abordar los efectos que la implementación del SRFP –o cualquier otro sistema que opere con datos personales– puede tener sobre los derechos humanos de quienes, en este caso, transitan la CABA”. El fallo impugnado detalla además la total ausencia de participación ciudadana en cuestiones relativas a la implementación y funcionamiento Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos, una vez más, en franca contradicción con los preceptos legales y constitucionales aplicables. En virtud de los argumentos expuestos, la resolución cuestionada por el GCBA expone: “se encuentra configurada una ilegítima restricción a los derechos constitucionales mencionados supra. Ahora bien, dicha restricción es consecuencia de: a) la no constitución de la Comisión Especial en la Legislatura de la CABA; b) la falta de informes por parte de la Defensoría del Pueblo CABA; c) la inexistencia de un estudio de impacto sobre los derechos de los ciudadanos previa implementación del SRFP; d) de las fallas en las bases de datos de las que se nutre el SRFP; y e) la exclusión de la participación ciudadana. Es decir, no se centra en el SRFP en sí, sino en las consecuencias que acarreó su prematura implementación y su utilización en condiciones precarias de respeto por los derechos y garantías de las personas”.

La sentencia de primera instancia también puso de relieve la palmaria discordancia entre los registros de la CONARC y los datos biométricos que migraron desde RENAPER hacia el Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA, y las conclusiones a las que arribaron los expertos de la Policía de Seguridad Aeroportuaria sobre el particular.

Así “el listado remitido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación denota que las personas incluidas en la CONARC al 25/04/2019 eran aproximadamente 35.000 y al momento de la contestación del oficio ascendía a aproximadamente 40.000 registros (circunstancia que coincide con lo informado mediante nota no-2020-70688753-apnrnr#mj) mientras que, según lo informado por el RENAPER las solicitudes de datos biométricos efectuadas por el GCBA entre el 25/04/2019 y 20/12/2021 fueron 9.392.372 y entre el 21/12/2021 y el 09/03/2022 fueron 507.911. Esto es, un total de 9.900.282 extracciones en menos de dos años, dentro de los que el SRFP se habría encontrado mayormente inactivo”.

“Esta verificación deja en evidencia un accionar jurídicamente reprochable del Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA en el acceso a los datos biométricos de personas que NO se encuentran incluidas en la única base de datos sobre la cual funciona el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos, es decir, la CONARC, según surge del Informe del Ranaper, y que únicamente a modo de ejemplo, se citan en el Anexo que forma parte de la presente resolución dado el volumen de información que ascienda a más de 15000 personas”.

En ese sentido la sentencia detalló que los datos biométricos que el RENAPER le brinda al GCBA, en el marco del Convenio de Cooperación Técnica suscrito entre ambos organismos para la implementación del SRFP, se suministran únicamente en aquellos casos, que coinciden con los establecidos en el art. 485 bis de la ley 5688 que dispone que el Sistema *“será empleado únicamente para tareas requeridas por el Poder Judicial de la Nación, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también para detección de personas buscadas exclusivamente por orden judicial, registradas en la Base de Datos de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC). Salvo orden judicial, se encuentra prohibido incorporar imágenes, datos biométricos y/o registros de personas que no se encuentren registradas en el CONARC”.*

Y analizó además el resultado del peritaje encomendado a la Policía de Seguridad Aeroportuaria. Entre los puntos más relevantes, menciona que *“La pericia confirmó que los casi 10 millones de registros existentes en los archivos remitidos por el ReNaPer responden a las consultas efectuadas por el Ministerio”* (de Justicia y Seguridad de la Ciudad). Y que *“15.459[EC1] personas fueron cargadas en el SRFP para ser buscadas sin encontrarse dentro de la base CoNaRC, es decir, sin existir un pedido de la Justicia que habilite tal accionar, es decir, sin ningún sustento legal”.*

La conclusión es muy clara: se utilizaron los datos biométricos de personas no requeridas judicialmente (esto es, por fuera de los casos que la ley lo permite) para alimentar y posteriormente ser ejecutados por el SRFP, es decir, para buscarlas utilizando el sistema. Los expertos de la PSA señalaron, además, varias irregularidades adicionales en el funcionamiento del Sistema: numerosos usuarios con rol de administrador, que pueden acceder y manipular los datos del sistema, y que no pueden ser vinculados a personas humanas concretas; cientos de casos de borrados “físicos” (definitivos) de datos de personas

que habían sido incorporados al motor de búsqueda del SRFP; utilización del sistema hasta diciembre de 2020 (“uso esporádico”), en un período en el que según las autoridades locales su empleo se encontraba suspendido, entre otras.

II.4. La apelación de esta parte

La sentencia de primera instancia fue recurrida por el GCBA en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la Resolución 398/19, ya que el SRFP se implementó sin cumplir con los recaudos legales de protección de los derechos personalísimos de los habitantes de la Ciudad de Bs. As.

Y también fue recurrida por los distintos integrantes del frente actor ya que dicha declaración de inconstitucionalidad no se hizo extensiva a las restantes normas que instrumentan el Sistema, tal como lo habíamos solicitado en nuestros escritos de inicio.

Puntualmente, esta parte apeló la sentencia en tanto dicha decisión acababa por convalidar la constitucionalidad de la Resolución N° 398/MJYSGC/19 (excepción hecha de su art. 1°, que implementa el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos, cuya inconstitucionalidad se declara), y de los arts. 478, 480, 484, 490, 480 bis y 490 bis de la Ley n° 5688 (texto cf. Ley 6339).

En el recurso argumentamos que, más allá de las múltiples falencias de los organismos de control que la sentencia destaca muy atinadamente, **es el propio SRFP en sí, y la totalidad de las normas que instrumentan su implementación, el que conlleva una restricción inaceptable de los derechos y garantías oportunamente citados en la demanda.**

En primer término, nos referimos a los derechos a la privacidad e intimidad. Pusimos de relieve que la protección de la privacidad personal no sólo alcanza a las comunicaciones y ámbitos deliberadamente excluidos del conocimiento de terceros, sino que también irradia a las actividades que las personas realizan en lugares públicos. Sobre estas, las personas

guardan una razonable expectativa de privacidad, particularmente respecto del accionar estatal, asumiendo que no viven en un estado de constante sospecha y vigilancia.

Al respecto trajimos a colación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que, en el fallo *Peck vs. Reino Unido* destaca que los términos privacidad e intimidad son amplios y no son susceptibles de una definición exhaustiva ya que el mismo art. 8 de la CEDH tampoco la efectúa. Y ha señalado consistentemente que la vida privada no se encuentra delimitada exclusivamente a lo que ocurre dentro del domicilio de las personas o fuera de la vista de otros.

Postulamos, entonces, que la mera circulación por la Ciudad y toda conducta que una persona pueda desarrollar en la vía pública (que no conlleve una conducta ilícita, desde ya) forma parte de la vida privada de cada uno y por ende cuenta con la correspondiente protección constitucional.

Y al respecto pusimos de relieve que el peritaje encomendado en autos a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, comprobó una serie de irregularidades gravísimas en el funcionamiento del SRFP, tales como la carga de datos en el sistema por fuera de la CONARC, la búsqueda de personas por fuera de toda habilitación legal, el borrado manual de búsquedas y de personas de la base, entre otras. Asimismo, constató que la migración de datos biométricos por parte del RENAPER al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires asciende a una cantidad de 7.087.359 de personas (muy por encima del registro de la CONARC que comprende unos 40.000 individuos).

Expresamos que todos estos hechos constituyen no ya una puesta en peligro del derecho a la privacidad de todos los habitantes de esta Ciudad, sino que gracias al peritaje hemos comprobado la efectiva violación a dicho derecho de forma cabal, fehacientemente constatada en la causa y receptada en el fallo de primera instancia.

Es por ello que discrepamos con el criterio de la resolución recurrida en punto a que las restricciones ilegítimas de los derechos constitucionales a la privacidad y a la intimidad (entre otros) verificadas en el expediente se vinculan exclusivamente con la prematura y deficiente implementación del SRFP.

Muy por el contrario, consideramos que tamañas irregularidades, que afectaron a los millones de personas cuyos datos biométricos fueron compulsados por fuera de toda habilitación legal y/o reglamentaria, y a los miles de individuos cuyos datos fueron efectivamente introducidos en el SRFP a pesar de no encontrarse en la CONARC, necesariamente deben recaer, también, sobre el sistema “en sí”.

Así, concluimos que un sistema que ha dado lugar al nivel de afectaciones constitucionales verificado en autos no puede razonablemente ser compatibilizado con los derechos bajo análisis, ni aún con los controles y reaseguros a los que el fallo recurrido supedita la puesta en funcionamiento del SRFP.

Y destacamos, por último, que el Sistema tampoco cumple con el criterio de proporcionalidad, propio de toda reglamentación de derechos, puesto que generó una afectación masiva de los derechos indicados de la totalidad de las personas que transitan por la vía pública, sin ningún tipo de motivación concreta a su respecto, exclusivamente en función del objetivo ya indicado.

En segundo lugar, planteamos en la apelación que el SRFP resulta incompatible con los derechos a la presunción de inocencia y libertad ambulatoria.

Reiteramos en ese sentido que la sentencia explícitamente remarca que: *“el cúmulo de los defectos que el SRFP ostenta, según constancias probatorias en este expediente, permite concluir que hay vicios de nulidad insanable a la hora de la implementación del SRFP. En tal sentido, cobra especial relevancia el Informe efectuado por la Defensoría del Pueblo CABA, en el cual informó varios casos en los que personas fueron detenidas erróneamente como consecuencia de alertas impartidas por la utilización del SRFP, es decir, por falsos positivos. Dicha situación configura una detención arbitraria y atenta contra el principio de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional)”* (énfasis agregado).

Enfatizamos al respecto que, a criterio de esta parte, **este defecto, que sin dudas es de capital importancia, pone en evidencia la incompatibilidad del SRFP con los derechos constitucionales, en este caso la libertad ambulatoria y la presunción de**

inocencia (art. 18, CN). Y que no se advierte que los mecanismos de control, cuya ausencia atinadamente pone de relieve el fallo recurrido, resulten suficientes para prevenir y remediar, íntegramente, estas afectaciones.

Destacamos en la misma línea que, tanto por errores en el algoritmo de identificación de los datos biométricos, como en los registros donde constan las órdenes de captura de personas prófugas, el resultado es el mismo: la detención arbitraria, es decir sin una orden judicial previa que la habilite correctamente y, muchas veces, sin conocer el motivo de su detención (identificación incorrecta o pedidos de captura que ya no se encuentran vigentes).

Insistimos en que la sentencia de primera instancia es por demás elocuente en este aspecto, detallando la copiosa prueba acumulada en el expediente y que demuestra, sin lugar a dudas, que la operatoria del SRFP trae aparejada, sistemáticamente, la concreción de detenciones erróneas y por ende arbitrarias.

Señalamos que esta situación, a su vez, ha sido reconocida por la propia demandada: según la Nota NO-2019-33745359-GCBA-DGEYIT, la operación del sistema ha dado lugar, hasta el momento, a la puesta a disposición de la justicia de 1648 personas, y a un total de 141 "falsos positivos", es decir, individuos que no tenían orden de captura, pero fueron detenidos en base a un error de la herramienta tecnológica y/o de las bases de datos de las que esta se nutre.

Y que también fue puesta de relieve en el marco de la constatación dispuesta por el entonces Juez interviniente, Dr. Gallardo, en el Centro de Monitoreo Urbano, oportunidad en la cual las autoridades locales admitieron que durante las primeras etapas de su funcionamiento el SRFP había presentado una tasa de error del 7 u 8 %, que persistía inclusive excluyendo los supuestos en los que los datos de la persona estaban mal cargados en la CONARC.

Concluimos, por ello, que la aplicación del mecanismo bajo análisis - es decir, el funcionamiento del Sistema - origina, sistemáticamente, detenciones arbitrarias e ilegítimas, que infringen groseramente todo precepto constitucional en la materia, tanto en los supuestos de falsos positivos (donde no habría ningún fundamento, motivo previo, ni orden de detención) a que da lugar el margen de error que el mismo presenta, como en los casos de funcionamiento adecuado del sistema pero en base a una base de datos desactualizada

(donde el fundamento sería palmariamente defectuoso, habiendo cesado los motivos de la orden de captura sin que se adecúe la información de la plataforma).

Por último, como tercer punto de agravio, destacamos que el SRFP y las normas que lo instrumentan son incompatibles con el principio de igualdad y no discriminación.

Explicamos, en ese sentido, que el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos presenta riesgos discriminatorios, particularmente en tanto la precisión de los *software* de reconocimiento facial varía en función del color, la raza y el género de las personas, incrementándose las posibilidades de errores, y de falsos positivos, en supuestos de personas pertenecientes a minorías, generando un impacto desproporcionado sobre tales grupos.

Al respecto citamos numerosos estudios de publicaciones especializadas en la materia que dan cuenta de este sesgo de los sistemas de reconocimiento facial.

Trajimos a colación en ese sentido el precedente “Castillo” de la CSJN, en punto a que nuestro Máximo Tribunal apuntó que: *“... hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia - que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad -, puede ocurrir, sin embargo, que prima facie la norma - aplicada en un contexto social - produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado.”* (“Castillo”, fallo ya citado, cons. 20).

Siendo que, expusimos, para el análisis de constitucionalidad de estos casos, es necesaria la *“utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad”* (Cons 19, énfasis agregado).

Y explicamos que, en definitiva, esta tecnología tiene dificultades para distinguir personas de tez oscura y de género femenino, lo cual deriva en un sinnúmero de falsos positivos y afecta de forma desproporcionada a grupos que ya se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Concluyendo, por ello, que el sistema de reconocimiento facial aquí cuestionado y las normas que lo implementan (arts. 478, 480, 484, 490, 480 bis y 490 bis de la Ley n° 5688, y Resolución N° 398/MJYSGC/19), aunque sean en apariencia neutrales, generan un riesgo concreto y actual de producir un efecto desproporcionado sobre ciertos grupos poblacionales. Este sesgo discriminatorio del sistema surge de su imprecisión, y de la posibilidad desproporcionadamente mucho más elevada de que arroje falsos positivos en el caso de mujeres y de personas de tez oscura en general.

Subsidiariamente, solicitamos por los mismos argumentos que se supedite la eventual implementación del SRFP, además de a los requisitos ya referidos y detallados en el fallo impugnado, a la realización de estudios previos, a cargo de los organismos públicos competentes (Defensoría del Pueblo, Comisión Especial de Seguimiento de los Sistemas de Video Vigilancia, etc.) vinculados a los sesgos que presentan los sistemas de reconocimiento facial, destinados a establecer la tasa de error en grupos específicos, y a mitigar y/o eliminar cualquier sesgo que se advierta en ese sentido.

II.5. La sentencia de VV.EE.

El 28 de abril del corriente, esta Sala dictó sentencia en la causa. Resolvió, en lo que aquí interesa, “2) *Desestimar la apelación deducida por el GCBA, con costas al venido conforme el principio objetivo de la derrota (artículos 26, Ley N° 2.145; y 62, CCAyT).* 3) *No hacer lugar a los recursos incoados por los coactores ODIA; y Paula Castillejo Arias y Víctor Leopoldo Castillejo Rivero, con costas por su orden en atención a la ausencia de contradicción (artículos 26, Ley N° 2.145; y 62, CCAyT).* 4) *Hacer lugar parcialmente a los agravios del coactor CELS y, en consecuencia, ordenar que: a. la rehabilitación del funcionamiento del SRFP, además de quedar supeditada a la constitución y debido funcionamiento de los órganos de control (tal como dispuso la sentencia de grado; actuación N° 2453371/2022), también quede sujeta a la realización de las investigaciones y pruebas necesarias sobre el software que utiliza el SRFP (por parte de los organismos de control con asistencia del accionado o de quien este considere adecuado), para determinar si su empleo tiene un impacto diferenciado según las características personales de los individuos afectados; y b. antes de poner en funcionamiento el SRFP, se dé a publicidad y se informe —*

en el ámbito de los FOSEP y a través de la Coordinación— a los vecinos y organizaciones que así lo soliciten (a través de los mecanismos habituales) la existencia de esta herramienta, su funcionamiento y las reglas jurídicas que en su totalidad lo rigen, a fin de que expongan las observaciones que entiendan necesarias; escrutinios que deberán ser transmitidos a la autoridad de aplicación del SRFP a fin de que exponga las explicaciones necesarias y, de entenderlo procedente, adopte medidas que perfeccionen el sistema. c. Las costas se imponen por su orden en atención a la existencia de vencimientos parciales y mutuos (artículos 26, Ley N° 2.145; y 65, CCAyT)” (act. 1055665/2023).

Para así decidir, se tuvo en cuenta, en primer lugar, que los agravios del GCBA vinculados al fondo del asunto constituían “una copia literal” de los argumentos introducidos en la demanda, destacándose que “*solo es posible desestimar los cuestionamientos realizados por encontrarse desiertos conforme las previsiones del artículo 236, CCAyT y la doctrina jurisprudencial citada al analizar los agravios vertidos por el GCBA contra la legitimación de los actores*”.

Los Sres. Jueces explicaron, además, que el demandado no desacreditó que “*se puso en marcha el SRFP sin garantizar que éste c[ontara] con los organismos de control que el cuerpo legal tanto nacional como internacional requieren, lo que se da[ba] de bruces con el principio de legalidad que deb[ía] regir todo accionar de la Administración*”.

Señalaron que nada dijo el recurrente en torno a que la Defensoría del Pueblo se hallaba imposibilitada de ejercer sus competencias de control previstas en el artículo 22 de la Ley N° 1.845 y sus funciones como auditora del SRPF en virtud de lo establecido en el artículo 3° de la Resolución N° 398/MJySGC/2019 al no tener a su disposición la información sobre los resultados de gestión del sistema que la autoridad de aplicación está obligada a recabar, analizar y remitirle conforme lo estipulado en el artículo 495 de la Ley N° 5.688. Y que tampoco refutó que el Ministerio de Justicia y Seguridad no llevó a cabo un control interno del Sistema.

VV.EE. explicaron, además, que el apelante no neutralizó apropiadamente la conclusión de la jueza de grado referida a que el sistema debía “*[...] ser comprendido de modo integral, en su totalidad y no en forma compartimentada*”; y que, por eso, “*[m]ás allá de que la CoNaRC no se enc[ontraba] dentro de la órbita del GCBA, lo cierto e[ra] que en virtud*

de los efectos que tra[ía] aparejado el uso de esta base en el marco del SRFP, deb[ían] desarrollarse mecanismos de articulación concretos para eliminar situaciones que [fueran] en detrimento de los derechos de las personas y ese e[ra] el sentido de los controles establecidos en el ámbito de la Ciudad pero que no se cumpl[ían]”.

Y que tampoco, demostró el error en el razonamiento de la a quo al aseverar que “[...] los errores en la base de datos per se no generarían, en el marco de lo debatido en autos, una afectación de los derechos de las personas. Empero, en la utilización de aquélla por medio del SRFP se adv[ertía] lo contrario, y más aún ante la orfandad de controles legales, tales como la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, la Comisión en la Legislatura, auditorías internas, etc.”.

La sentencia también explica que el GCBA no se hizo cargo de desacreditar que los informes emitidos por el Defensor del Pueblo y el Director del Registro Nacional de Reiniciencia databan del 6 de agosto de 2020 y del 1° de noviembre de 2021, respectivamente; es decir, un considerable tiempo después de haberse realizado la depuración referida por el demandado a la que ubicó temporalmente en septiembre de 2019, y que dan cuenta de las múltiples falencias del Sistema, entre ellas un gran número de detenciones erróneas.

A su vez, se desestima el argumento de la contraparte consistente en que los casos de personas aprehendidas en forma equívoca habían sido consecuencia de errores de carga en la CONARC y no por errores tecnológicos de la operatividad del sistema. Al respecto, se expone claramente que el SRFP es “[...] empleado únicamente para tareas requeridas por el Ministerio Público Fiscal, el Poder Judicial de la Nación, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también para detección de personas buscadas exclusivamente por orden judicial, registradas en la Base de Datos de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC)” (artículo 2°, Anexo, Resolución N° 398/MJySGC/2019).

Que el artículo 480 bis de la Ley N° 5.688 (incorporado por la Ley N° 6.339) en cuanto establece que “[e]l Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos será empleado únicamente para tareas requeridas por el Poder Judicial de la Nación, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también para detección de personas buscadas exclusivamente por orden judicial, registradas en la Base de Datos de Consulta Nacional de

Rebeldías y Capturas (CONARC). Salvo orden judicial, se encuentra prohibido incorporar imágenes, datos biométricos y/o registros de personas que no se encuentren registradas en el CONARC" (artículo 3°).

De modo que, explican los Sres. Jueces, el citado mecanismo opera, pues, sobre una base de datos (CONARC) —inserta en el ámbito del RNR— que se nutre de “[...] las comunicaciones que las autoridades judiciales realizan de toda medida restrictiva a la libertad ambulatoria que se dicta en el marco de una causa penal, en cualquier jurisdicción del país (ámbito federal, nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)” (v. considerandos de la Resolución N° 398/MJySGC/2019). Tales comunicaciones incluidas en la CONARC contienen datos personales de las personas que son buscadas (documento de identidad; nombre y apellido), pero carecen de los datos biométricos (es decir, la fotografía). En consecuencia, esos datos (que permitirán identificar y/o verificar la identidad de los individuos prófugos) son provistos por el Registro Nacional de las Personas (RENAPER) al Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA”.

Así las cosas, la sentencia señala que el SRFP funciona a partir de la reunión del dato biométrico provisto por el RENAPER y la orden judicial incorporada a la CONARC, dando lugar al registro de búsqueda sobre el que trabaja el SRFP.

Y concluye que las posibles irregularidades existentes en cualquiera de las partes que integran el SRFP resultan relevantes pues condicionan el funcionamiento regular de la mencionada herramienta.

Así las cosas, VV.EE. destacan que el decisorio de la jueza de grado desarrolló un extenso detalle de las irregularidades de que, a su entender, era pasible el SRFP a partir de las normas jurídicas que resultaban aplicables y la prueba aportada, además de ponderar los derechos que tales falencias lesionaban (transparencia, acceso a la información, presunción de inocencia, participación ciudadana, etc.). Y que, en tales condiciones, el accionado no formuló agravios que demostraran el error de la jueza de grado al sostener que la prematura implementación del SRFP y su utilización en condiciones precarias provocó una ilegítima restricción y una falta de respeto sobre los derechos y garantías de las personas que son captadas por el SRFP.

No obstante, luego de este claro desarrollo estrechamente vinculado con las múltiples falencias e irregularidades que presenta el SRFP, y que se han traducido en graves afectaciones de derechos tutelados constitucional y convencionalmente, que esta parte comparte, los Sres. Jueces se abocan al análisis de los planteos de inconstitucionalidad introducidos por el frente actor en sus apelaciones.

Y sobre este aspecto del litigio, sostienen que en tanto el régimen normativo que regula el SRFP lo somete a diversos controles tendientes a garantizar su funcionamiento acorde a las normas constitucionales que protegen los derechos personales de los individuos que transitan por la Ciudad, y siendo que el Sistema se implementó prematuramente, sin contar con estos reaseguros, no es posible, de momento, la declaración de inconstitucionalidad solicitada.

En ese sentido, se alega que *“no es posible afirmar (con la certeza que exige la declaración de inconstitucionalidad de las normas) que el funcionamiento del SRFP no resulte eficiente si este estuviera sometido a todas las fiscalizaciones que las normas especiales y generales prevén. El desconocimiento actual de los resultados que el aludido contralor podría provocar sobre el sistema impide su anulación como herramienta idónea en el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue constituida”*.

Bajo tales premisas, la sentencia aquí impugnada desestima las afectaciones a la privacidad y a la libertad ambulatoria, como así también los planteos vinculados al principio de proporcionalidad:

“la ausencia de los controles específicamente establecidos por diversos plexos normativos (cuya finalidad —entre otras— es custodiar el uso regular del sistema; objetar y evidenciar las posibles irregularidades; y ponderar su efectivo funcionamiento —entendido como la posibilidad de observar si la aplicación cotidiana del SRFP, con el objeto de garantizar la seguridad pública, produce o no una vulneración inadecuada, innecesaria o desproporcionada de los derechos personales en juego— impide arribar a la conclusión pretendida por el aquí recurrente”.

Respecto de las detenciones arbitrarias a las que dio origen el Sistema, por ejemplo, se aduce que *“en términos hipotéticos, el correcto funcionamiento del mecanismo que nos ocupa debiera evitar la generación de falsos positivos. Esa circunstancia evitaría —por un*

lado— detenciones y demoras indebidas que transgredan el principio de inocencia; y, por el otro, la configuración de restricciones ilegítimas a la libertad ambulatoria.”

Por otro lado, en relación a las graves irregularidades constatadas en la causa respecto del funcionamiento del SRFP (insistimos, acceso a millones de datos biométricos por fuera de toda habilitación normativa; carga en el Sistema de miles de esos datos para que sean buscados sin ninguna explicación, etc.), VV.EE. sostienen que “*el eventual uso ilegítimo que las autoridades competentes pudieran haber hecho de este mecanismo (cuestión que ha sido motivo de una denuncia penal a cargo de otro fuero y cuyo resultado se desconoce) no justifica su inoperancia para alcanzar los fines que le dieron origen y, por ende, no permite ese solo hecho la anulación de su uso*”.

Es contra estos últimos aspectos de la decisión, en tanto rechazó parcialmente la apelación deducida por esta parte, que se interpone el presente recurso de inconstitucionalidad.

III. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

Este recurso de inconstitucionalidad es admisible en tanto se interpone contra una decisión adoptada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de esta Ciudad. Como ordenan las reglas procesales, sus resoluciones no son susceptibles de ser revisadas, en el ámbito local, por otro órgano judicial que no sea el Tribunal Superior de Justicia.

El recurso se interpone en legal tiempo y forma, toda vez que fuimos notificados de la decisión el pasado 28 de abril.

Finalmente, el recurso es admisible porque se deduce contra la sentencia definitiva dictada en la presente acción de amparo.

Al respecto tiene dicho el STJ que “*la ley de amparo de la Ciudad califica, en principio, como sentencias definitivas recurribles por inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior a aquellas decisiones que deciden sobre el mérito o fondo del asunto*” (Del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz, en “Ministerio Público - Equipo Fiscal nº 3 en lo CAyT de la CABA

s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT N°1 c/ GCBA y otros s/ amparo - educación - otros”, expte. n° 14831/17, sentencia del 11/12/2018).

IV.FUNDAMENTOS DEL RECURSO

IV. 1. LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS NORMAS QUE INSTRUMENTAN EL SRFP CON EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y A LA INTIMIDAD

Como se anticipó, la sentencia de VV.EE. sostiene que no es posible afirmar que el SRFP resulte incompatible con el derecho a la privacidad, porque un pronunciamiento en tal sentido resultaría “premature” en función de la prematura (valga la redundancia) implementación del Sistema, *“sin contar con el resguardo social que implica el ejercicio de los diversos contralores establecidos por las reglas jurídicas que rigen la materia”*.

Esta parte discrepa con esta conclusión, por entender que las serias irregularidades que se han constatado en el expediente, y que implican gravísimas afectaciones al derecho a la privacidad y a la intimidad, que transgreden todos los principios y normas constitucionales y convencionales aplicables, necesariamente deben recaer, también, sobre el Sistema “en sí”.

Millones de personas fueron objeto de injerencias en su intimidad, a través de la compulsa de sus datos biométricos sin ninguna justificación legal ni reglamentaria; miles de esas personas fueron efectivamente buscadas por el SRFP; el GCBA no ha brindado ninguna explicación al respecto, ni aún - como veremos - luego de haber sido intimado a tal efecto.

Un sistema que ha dado lugar a ese nivel de afectaciones constitucionales no puede razonablemente ser compatibilizado con los derechos mencionados, ni aún con los controles y reaseguros a los que el fallo recurrido supedita la puesta en funcionamiento del SRFP.

Los Sres. Jueces sostienen que *“el eventual uso ilegítimo que las autoridades competentes pudieran haber hecho de este mecanismo... no permite... la anulación de su uso”*. Es otro aspecto en el que disentimos. El uso ilegítimo no tiene nada de eventual, se ha

comprobado en la causa, como se expondrá detalladamente. Surge de los informes de organismos públicos como el RENAPER y la CONARC, que no han sido controvertidos, y de la pericia informática elaborada por la PSA, que suscribió el propio consultor técnico del GCBA.

Y en ese sentido, nuestro planteo es que la ponderación de la constitucionalidad de las normas que instrumentan y reglamentan el Sistema en modo alguno puede prescindir de estas circunstancias, de la sistemática afectación de los derechos en juego que el SRFP posibilitó. Sin lugar a dudas, los efectos que las reglamentaciones cuestionadas han producido en la realidad son un criterio fundamental para analizar su validez, y que no deja lugar a dudas en punto a su palmaria incompatibilidad con los derechos a la privacidad e intimidad.

A los efectos de sustentar el presente agravio, nos referiremos en primer término al derecho a la privacidad, luego a las afectaciones al mismo que se comprobaron en la causa, para finalmente demostrar que el SRFP resulta incompatible con el derecho mencionado.

a) El derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad se encuentra protegido por la Constitución Nacional en su art. 19, que establece: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

Asimismo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece en su artículo 12 que *“La Ciudad garantiza: (...) El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana”*.

Dicha protección se ve reflejada también en múltiples tratados internacionales de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCyP), por ejemplo, establece en su art. 17 que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”*.

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que los Estados parte en el PIDCyP tienen la obligación positiva de *“adoptar medidas legislativas y de otra índole para dar efecto a la prohibición de tales interferencias y ataques, así como a la protección de este derecho privacidad”* (Observación General N.º 16, 1988, párrafo 1).

Del mismo modo, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) establece en su art. 11 que *“nadie puede ser objeto de injerencia arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”*.

La Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), a su vez, establece en su artículo 8 lo siguiente: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

La relevancia del derecho que nos ocupa ha sido puesta de relieve reiteradamente por la CSJN: *“la protección del ámbito de privacidad resulta uno de los más preciados valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el Estado de Derecho y las formas autoritarias de gobierno”* (Fallos: 329:5266, entre otros).

Es que, *“el derecho a la privacidad y la consecuente garantía contra su lesión actúan contra toda «injerencia» o «intromisión» arbitraria o abusiva en la vida privada de los afectados (conf. art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; 12 de la D.U.D.H.; art.11, inc.2º, C.A.D.H., y 17 inc. 2ºP.I.D.C.P.... la Constitución Nacional veda las intromisiones arbitrarias en la privacidad. De tal modo, las circunstancias y razones que validan la irrupción en el ámbito privado de los individuos deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”* (Acordada N° 17/2019 de la CSJN).

Cabe puntualizar, en ese sentido, que la protección de la privacidad personal no sólo alcanza a las comunicaciones y ámbitos deliberadamente excluidos del

conocimiento de terceros, sino que también se extiende a las actividades que las personas realizan en lugares públicos. También sobre ellas, las personas guardan una expectativa razonable de privacidad, particularmente respecto del accionar estatal, asumiendo que no viven en un estado de constante sospecha y vigilancia.

Sobre este punto resulta esclarecedora la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que al interpretar el derecho bajo estudio destaca que los términos privacidad e intimidad son amplios y no susceptibles de una definición exhaustiva ya que el mismo art. 8 de la CEDH tampoco la efectúa (en el precedente *Peck vs. Reino Unido*).

Al respecto el citado Tribunal ha señalado reiteradamente que la vida privada no se encuentra delimitada exclusivamente a lo que ocurre dentro del domicilio de las personas o fuera de la vista de otros, sino que, por el contrario, existe *“una zona de interacción de una persona con otras, incluso en un contexto público, que puede caer dentro del alcance de la ‘vida privada’*” (TEDH, Gran Sala del TEDH Caso *Von Hannover V. Germany* (n° 40660/08 y 60641/08), sentencia del 7 de febrero de 2012, párr. 95, Caso *Benedik V. Slovenia* (n° 62357/14), sentencia del 28 de abril de 2018, párr. 100, Caso *P.G. y J.H. V. The United Kingdom*, (n° 44787/98), sentencia del 25 de septiembre de 2001, párr. 56; CEDH, Caso *Peck V. The United Kingdom* (n° 44647/98) sentencia del 28 de enero de 2003, párr. 57, Caso *Uzun V. Germany*, (n° 35623/05), sentencia del 2 de septiembre de 2002, párr. 43).

Así, explica que *“una persona que camina por la calle, inevitablemente, será visible para cualquier miembro del público que también esté presente. El monitoreo por medios tecnológicos de la misma escena pública (por ejemplo, un guardia de seguridad que mira a través de un circuito cerrado de televisión) es de un carácter similar. Sin embargo, pueden surgir consideraciones de la vida privada una vez que cualquier registro sistemático o permanente entra en existencia de dicho material del dominio público. Es por esta razón que los archivos recopilados por los servicios de seguridad de un individuo en particular caen dentro del alcance del Artículo 8, incluso cuando la información no ha sido recopilada por ningún método intrusivo o secreto”* (TEDH, Caso *P.G. y J.H. V. The United Kingdom*, n° 44787/98, sentencia del 25 de septiembre de 2001, párr. 57, Caso *Uzun V. Germany*, n° 35623/05, sentencia del 2 de septiembre de 2002, párr. 44, el destacado nos pertenece).

De esta forma, el TEDH ha alertado a los Estados respecto de que *“el hecho de que la información ya sea de dominio público no elimina necesariamente la protección del artículo 8 de la Convención”* (TEDH Gran Sala del TEDH, Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy V. Finland, n° 931/13, sentencia del 27 de junio de 2017, párr. 134).

En este punto, los Estados deben prestar especial atención a la hora de implementar nuevas tecnologías de investigación que, si bien pueden ayudar a la lucha contra el delito, pueden implicar también importantes avances sobre los derechos de las personas, como la privacidad. Así, el Tribunal puntualizó que *“la protección que brinda el artículo 8 de la Convención se vería inaceptablemente debilitada si se permitiera el uso de técnicas científicas modernas en el sistema de justicia penal a cualquier costo y sin equilibrar cuidadosamente los beneficios potenciales del uso extensivo de tales técnicas con importantes intereses de la vida privada”* (TEDH, Caso S. y Marper V. The United Kingdom n° 30562/04 y 30566/04 sentencia del 4 de diciembre de 2008, párr. 112).

Estas cuestiones también han sido receptadas en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, que - como bien apunta el fallo recurrido - ha señalado que *“el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo reservado, con la intención de no exhibirse, y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquéllos llevan a cabo fuera del recinto de aquél, pues lo contrario significaría tanto como aceptar que la más fundamental de las libertades personales sólo está constitucionalmente protegida en la medida en que se la ejerza en el reducido espacio del ámbito domiciliario y debido a la circunstancia incidental de que los individuos no pueden ser vigilados mientras permanezcan en él”* (CSJN, “Spinosa Melo Oscar Federico c/ EN - M° de Relaciones Exteriores Comer. Internacional y Culto s/ Empleo Público”, S. 331. XXXIX. REX, sentencia del 5 de septiembre de 2006, Fallos: 329:3617).

De este modo, la protección de la vida privada no se limita a los actos y manifestaciones que son deliberadamente ocultadas de la vista de terceros, sino que abarca espacios de expresión e interacción en la esfera pública. Esta tutela incluye la

información que es de dominio público, en especial frente a injerencias de las autoridades.

Queda claro, entonces, que la mera circulación por la Ciudad y toda conducta que una persona pueda desarrollar en la vía pública (que no conlleve una conducta ilícita, claro está) forma parte de la vida privada, y por ende cuenta con la correspondiente protección constitucional.

b) Los hechos probados

Ahora bien, como se anticipó, el peritaje encomendado en autos a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, comprobó una serie de irregularidades gravísimas en el funcionamiento del SRFP, tales como la carga de datos en el sistema por fuera de la CONARC, la búsqueda de personas por fuera de toda habilitación legal, el borrado manual de búsquedas y de personas de la base, entre otras.

Asimismo, la migración de datos biométricos por parte del RENAPER al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires asciende a una cantidad de 7.087.359 de personas, muy por encima del registro de la CONARC que comprende unos 40.000 individuos.

Todos estos hechos surgen de la documentación acompañada por el RENAPER y por la CONARC, fueron verificados, además, a través de la pericia informática llevada a cabo en la causa, y han sido receptados tanto en la sentencia de primera instancia como en la de VV.EE.

Así, leemos en la decisión de la Jueza de grado: ***“existió una migración en cantidades exorbitantes de datos biométricos desde el ReNaPer al Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA y/o la Policía de la CABA a efectos de carga y alimentación del SRFP. La pericia confirmó que los casi 10 millones de registros existentes en los archivos remitidos por el ReNaPer responden a las consultas efectuadas por el Ministerio mencionado”***.

Al respecto vale recordar que a los efectos de la operación del SRFP el Ministerio de Justicia local suscribió un Convenio de Cooperación Técnica con el Registro Nacional de las

Personas, cuya cláusula segunda dispone que *“El RENAPER facilitará, por la vía de excepción prevista en el artículo 23, inciso 2) de la Ley n° 25.326, el acceso a la información disponible en sus sistemas informáticos tendiente a identificar y/o verificar la identidad de las personas humanas sobre las cuales el MINISTERIO desarrolle las tareas requeridas por el Ministerio Público Fiscal, el Poder Judicial nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y durante la etapa de prevención e investigación de delitos de acción pública”*.

Es decir que, tal como se indicó en la sentencia de primera instancia, los datos biométricos que el ReNaPer le brinda al GCBA se suministran únicamente en aquellos casos, que coinciden con los establecidos en el art. 485 bis de la ley 5688 que dispone que el SRFP *“será empleado únicamente para tareas requeridas por el Poder Judicial de la Nación, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también para detección de personas buscadas exclusivamente por orden judicial, registradas en la Base de Datos de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC). Salvo orden judicial, se encuentra prohibido incorporar imágenes, datos biométricos y/o registros de personas que no se encuentren registradas en el CONARC”*

Queda claro, entonces, que el acceso a los datos biométricos de millones de personas careció del más mínimo asidero legal y/o reglamentario.

Más aún, luego del dictado de la medida cautelar que suspendió el SRFP y frente a manifestaciones públicas sobre el particular, el entonces juez interviniente intimó al Ministro de Justicia de esta Ciudad a que *“explique pormenorizadamente”* con un informe de trazabilidad respecto a algunas personas, cuál fue la causa originante de la extracción y el uso que se le ha dado al dato biométrico requerido al RENAPER por la dependencia a su cargo. La intimación detalló, inclusive, los días y horarios de acceso a la información en cuestión (ver act. nro. 808679/2022), para que pudieran ser explicados.

La respuesta del Ministro, lejos de cumplir con lo requerido, se limitó a esgrimir consideraciones genéricas, no atinando a dar cuenta del uso específico de cada uno de los datos respecto de los cuales se concretó la intimación. Ni en relación a las personas, ni mucho menos a cada acceso en concreto con fecha y horario. Tampoco estos detalles fueron explicitados con posterioridad. Este proceder resulta

demostrativo de la total ausencia de fundamentación del acceso a los datos biométricos de todas estas personas.

Pero hay más. Continúa la magistrada de primera instancia: “(...) se advierte con prístina claridad que fueron encontrados 15.459 registros dentro del motor de búsqueda del SRFP que NO existen en la base de datos CoNaRC. Dicho de otro modo, 15.459 personas fueron cargadas en el SRFP para ser buscadas sin encontrarse dentro de la base CoNaRC, es decir, sin existir un pedido de la Justicia que habilite tal accionar, es decir, sin ningún sustento legal”. Ello, en franca contradicción con el ya citado art. 485 bis de la Ley Nº 5688.

Lo expuesto no agota las irregularidades que verificaron los peritos y destaca el fallo que nos ocupa: “De acuerdo a análisis de los últimos registros obrantes en archivo “eventos”, resulta que el sistema de reconocimiento facial fue utilizado asiduamente (continuo) hasta 22/MARZO/20, existiendo registros posteriores (de uso esporádico) hasta fecha 12/DIC/20’. Se verificó la utilización del SRFP hasta el 12/12/2020, pese a que sus funcionarios afirmaron que en aquél período se encontraba suspendido. Se desconoce con qué fines”.

A su vez, se estableció que hay 17 usuarios del sistema con rol de administrador que no pueden ser vinculados a personas humanas y tienen la posibilidad de acceder, manipular y posteriormente eliminar registros. Y también que tuvieron lugar trescientas cincuenta y seis (356) operaciones de borrado físico (manual, voluntario y definitivo) de registros de personas cuyos datos biométricos habían sido incorporados al motor de búsqueda del SRFP.

También la sentencia de esta Sala hace eco de estas cuestiones, con cita de las conclusiones de los peritos:

“Si existieron extracciones realizadas por el Ministerio de Justicia y Seguridad de la CABA y/o la Policía de la CABA”. Asimismo, señaló que “[d]el cotejo de los registros únicos de DNI entre ‘FACEID.csv’ [...] y CONARC, resulta[ban] en la diferencia de 7.414 registros únicos de DNI en la table ‘FACEID’ que no exist[ían] en los archivos CONARC remitidos”. Luego, destacó que “[d]el cotejo de los registros del archivo ‘PEOPLE’ (DATOS PERSONALES EN SRFP) con los remitidos por CONARC, registra[ban] una diferencia de 8.504 de registros únicos de DNI en la table PEOPLE que no exist[ían] en los archivos CONARC remitidos”. Seguidamente, expuso que “[d]el cotejo de los registros del archivo

‘PEOPLE’ [...] con los remitidos por RENAPER, registra[ban] una diferencia de 7.042.507 registros únicos de DNI en ‘PEOPLE’ que no exist[ían] en los archivos RENAPER remitidos”.

“el GCBA no ha justificado las discrepancias numéricas reseñadas más arriba y, consecuentemente, la inexistencia de irregularidades en la implementación y ejecución del SRFP, máxime cuando aquellas fueron verificadas por el informe pericial cuyas conclusiones no solo no fueron objetadas por los consultores técnicos designados por el Gobierno sino que, además, la pericia fue efectuada en forma conjunta por el perito y sus veedores”.

Estas son las consecuencias directas de las normas cuya constitucionalidad se cuestiona: el acceso a los datos biométricos de millones de personas sin ninguna justificación, el uso del SRFP para buscar a miles de individuos por fuera de los supuestos legales habilitantes, entre otras. No hay dudas de que todo ello implica una palmaria afectación del derecho a la privacidad de los involucrados, y que resulta incompatible con todos y cada uno de los estándares constitucionales que rigen en la materia.

c) La incompatibilidad del SRFP con el derecho a la privacidad

La pregunta es, entonces, si resulta posible, y adecuado, hacer abstracción de todas estas circunstancias y prescindir de ellas a la hora de realizar el control de constitucionalidad de las normas cuya validez se ha cuestionado en la acción de amparo.

Es decir, si es admisible examinar la validez de la Resolución N° 398/MJYSGC/19, y de los arts. 478, 480, 484, 490, 480 bis y 490 bis de la Ley n° 5688 (texto cf. Ley 6339), sin tener en consideración los concretos efectos que el Sistema por ellas instrumentado ha producido y sus implicancias para el derecho a la privacidad de las personas.

A juicio de quienes suscriben, la respuesta es un rotundo “no”. Porque el derecho en general, y el análisis de la constitucionalidad de una disposición en particular, no pueden prescindir de la realidad social sobre la que las normas se aplican. Y porque, a su vez, las situaciones verificadas demuestran patentemente el enorme riesgo que las leyes y reglamentaciones cuya validez constitucional se cuestiona implican para el derecho a la intimidad.

Así, *“la ciencia jurídica es, ciertamente, una ciencia interpretativa, pero interpretativa de la conducta, que es plenaria vida humana... La fuerza de convicción que ha de tener la opinión del jurista, se apoya, a la par, en la norma y en la conducta, sin renunciar a ninguno de estos términos; y por eso va determinada, a un tiempo, negativamente por el concepto legal que lo puede poner en una vivencia de contradicción si lo transgrede; y positivamente por los valores bilaterales de la conducta en juego, cuya mejor realización da al intérprete el criterio de la interpretación debida”* (Cossio, Carlos, *Panorama de la teoría egológica del derecho*, Universidad Nacional de Colombia. Revista Trimestral de Cultura Moderna, Bogotá, 1948).

En ese sentido se ha señalado que *“el aprovechamiento de las oportunidades surge de una decisión que elige una de las soluciones posibles según la proyección de un complejo de valoraciones producidas en la realidad social sobre un complejo fáctico”* (Reale, *Filosofia do direito*, 19.º ed., São Paulo, Saraiva, 2002).

De este modo, los efectos que las normas que establecen el SRFP han producido hasta el momento constituyen una referencia ineludible a la hora de examinar su constitucionalidad.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha llamado la atención sobre la necesidad de analizar, a los fines de ponderar la constitucionalidad de una norma, los efectos que su aplicación ha generado en la realidad, especialmente en supuestos que podrían dar lugar a un impacto desmedido sobre determinados grupos (CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, 12 de diciembre de 2017, cons. 21 y 22), como lo es todo sistema de reconocimiento facial.

En el mismo precedente, el máximo tribunal puso de relieve que “lo central del razonamiento propuesto es que de no recurrir a un análisis que se centra en la norma como causante de efectos discriminatorios -y, por tanto, constitucionalmente indeseables- el efecto negativo de la ley se perpetuará más allá de que, una y otra vez, se invaliden las prácticas, pues ellas solo concretizan la discriminación encubierta que una lectura perniciosa de la norma admite. Es por ello que resulta insuficiente invalidar la práctica sin hacer lo propio con la norma que la apaña” (Fallos: 340:1795).

Allí radica precisamente el error de la decisión aquí impugnada: se reputa suficiente la declaración de nulidad de lo actuado hasta el momento, la constatación de que el uso que se ha hecho del SRFP por parte de las autoridades locales es ilegítimo, pero se mantiene la vigencia de las normas que permitieron ese obrar reñido con - entre otros - el derecho constitucional a la privacidad, posibilitando, así, la reiteración de procedimientos de esta índole.

Insistimos en la dimensión de ese accionar ilegítimo por parte de los funcionarios del GCBA, que implicó el acceso a los datos biométricos de millones de personas, y la inclusión de miles de ellos para que fueran buscados a través del Sistema, en franca contradicción con la normativa constitucional, legal y reglamentaria que regula la materia.

Frente a tamañas afectaciones a la privacidad de semejante número de personas, la afirmación de VV.EE. en punto a que *“hay una clara diferencia entre considerar que se ha configurado un obrar ilegítimo de los órganos que tienen a cargo la ejecución del mecanismo que declarar inconstitucional las normas que lo crearon y, por ende, del sistema en sí mismo”* resulta desacertada.

En ese sentido cabe agregar que ese “obrar ilegítimo” no sólo configura una franca vulneración del derecho bajo análisis, sino que constituye una cabal demostración del enorme riesgo que el SRFP, y las normas que lo instrumentan, implican para la privacidad y la intimidad de quienes circulan por la ciudad de Buenos Aires.

Y justamente ese riesgo, esos comprobados peligros para el derecho a la privacidad, tornan incompatibles con la Constitución Nacional y local a las normas que los traen aparejados.

También a estas cuestiones se ha referido la CSJN, enfatizando su relevancia en casos dirigidos a la protección de bienes jurídicos de índole colectiva: *“a los fines de la tutela del bien colectivo, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro”* (Fallos 329:2316).

En ese sentido se ha destacado la función preventiva de la acción de amparo, que hace a la esencia de su función protectoria puesto que malamente se podría hablar de una

tutela judicial efectiva si el remedio judicial frente a un acto u omisión de los del artículo 43 C.N. solo llegara luego de que el daño se ha verificado en concreto.

Esta función preventiva de la acción de amparo constitucional es especialmente importante cuando se trata de perjuicios de imposible o muy difícil reparación ulterior, como lo son las injerencias injustificadas en la privacidad y la intimidad de los individuos. En este punto conviene tener en cuenta que al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación el **Congreso Nacional adoptó como un principio central el “deber de prevención del daño” (art. 1710), e incluyó para asegurar su efectividad, una acción específica destinada a prevenir los daños que previsiblemente se puedan verificar. Así, dispuso en su artículo 1.711 que: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.**

Asimismo, en el fallo “González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento” la Corte puntualizó que *“El método de evaluación de la capacidad económica establecido en el art. 8 del decreto 1313/93 se encuentra en pugna con la interpretación constitucional de la ley 19.279 y constituye un medio inadecuado para asegurar que la franquicia beneficie a quienes verdaderamente requieren de ella, contraría la finalidad de garantizar la autonomía e independencia de las personas con discapacidad y, en definitiva, pone en riesgo el acceso de este grupo a una movilidad de calidad y, por lo tanto, resulta inconstitucional”* (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti, del dictamen de la Procuración General al que el voto remite).

Del mismo modo, el SRFP implica un riesgo inaceptable para los derechos a la privacidad e intimidad y no puede, por ello, ser avalado.

En nada modifica lo hasta aquí expuesto la referencia, contenida en el fallo apelado, a las falencias verificadas en relación a los organismos de control que las leyes y los reglamentos contemplan respecto del Sistema.

Un sistema que ha dado lugar al nivel de afectaciones constitucionales ya referido, y que necesariamente conlleva los riesgos señalados, no puede razonablemente ser compatibilizado con los derechos mencionados, ni aún con los controles y reaseguros a los que el fallo aquí recurrido supedita la puesta en funcionamiento del SRFP.

Se ha acreditado el riesgo concreto y actual de afectación a la protección de la privacidad que conlleva que el Estado posea y emplee sistemáticamente la capacidad tecnológica autónoma de saber cuándo una persona simplemente pasa por un lugar. Riesgo que además se ha consumado en numerosas oportunidades (miles, millones, como lo señalaron los peritos de la PSA). Han sido violadas las garantías ya referidas que protegen el derecho a la privacidad e intimidad.

Y no es posible garantizar que la implementación de controles *ex post* pueda remediar y prevenir totalmente estas afectaciones, siendo que el resguardo integral y efectivo de los derechos arriba descriptos sólo ocurrirá con la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de las normas que instrumentan el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos.

Reparese en que dichos resguardos se encuentran previstos en las normas y reglamentos (v. gr., en las Leyes N° 1.845 y 5.688 y en la Resolución N° 398/2019), y estaban plenamente vigentes durante el lapso temporal en el que se concretaron las situaciones hasta aquí expuestas. Se alega en el fallo impugnado que la Defensoría del Pueblo no cuenta con la información necesaria para controlar el Sistema. Que la Comisión Legislativa no se había constituido, y que no se ha acreditado que haya desarrollado sus tareas.

Pues bien, nada garantiza que esos controles vayan a ser efectivos en el futuro. El riesgo de afectación de la privacidad persistirá aún en el caso de que se cumplan todos y cada uno de los parámetros sentados en el fallo recurrido. Ninguna previsión contienen las normas aplicables que asegure que el GCBA vaya a mantener actualizada la información que provee a la Defensoría. Ninguna disposición garantiza que la Comisión Legislativa vaya a desempeñar cabalmente sus competencias de contralor.

No se prevee ninguna sanción, ninguna consecuencia en ese sentido, no se reglamentan suficientemente los aspectos concretos de esos controles, no se establece una periodicidad adecuada. Y ello es la mejor demostración de la insuficiencia de estos resguardos que introducen las sentencias de primera y segunda instancia, que surge claramente de la constatación de que dichos controles ya se encontraban previstos en las normas referidas.

E, insistimos, aún si fueran cumplidos cabalmente luego de que quedaran firmes esas decisiones, nada garantiza que tal situación se mantenga en el tiempo.

Es por ello que esta parte no comparte las afirmaciones de VV.EE. en punto a que las restricciones ilegítimas de los derechos constitucionales a la privacidad y a la intimidad (entre otros) verificadas en el expediente se vinculan exclusivamente con la prematura y deficiente implementación del SRFP.

La jerarquía de los derechos en juego no permite que, frente a la comprobación de afectaciones de la dimensión de las demostradas en autos, las normas que las posibilitaron (y continúan posibilitándolas) permanezcan incólumes y la protección de la privacidad de los individuos quede librada a los mecanismos ya previstos, que hasta el momento han fracasado rotundamente en sus labores de control.

IV.2. LOS RIESGOS EVIDENTES DE AFECTACIONES AL DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA QUE IMPLICA LA NORMATIVA CUESTIONADA

En segundo lugar, es motivo de agravio la incompatibilidad de las normas cuestionadas, y convalidadas, en definitiva, por la sentencia de VV.EE., con el derecho a la libertad ambulatoria, la presunción de inocencia, y demás garantías del proceso penal establecidas por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Nuevamente, las irregularidades en el funcionamiento del SRFP que se vinculan con este aspecto de nuestra impugnación han sido comprobadas en la causa, a través de los informes de la Defensoría del Pueblo y de las propias manifestaciones de la demandada, y son recogidas en las sentencias de primera y de segunda instancia. El uso del Sistema ha dado lugar a un gran número de detenciones erróneas, y por ende arbitrarias. Detenciones de personas que no tenían orden de captura, respecto de las cuales no había ningún motivo para proceder de tal modo, pero que tuvieron que soportar este tipo de situaciones exclusivamente en función de la vigencia del SRFP.

VV.EE. sostienen en la sentencia impugnada que la afectación del derecho bajo análisis *“no puede ser ponderada en la actualidad con estándares de certeza”*, porque no se han concretado aún los controles que el plexo normativo previó para fiscalizar el Sistema.

Nuevamente, a criterio de esta parte, este defecto, que sin dudas es de capital importancia, pone en evidencia la incompatibilidad del SRFP con los derechos constitucionales, en este caso la libertad ambulatoria y la presunción de inocencia (art. 18, CN). Y no se advierte que los mecanismos de control, cuya ausencia y/o insuficiencia atinadamente pone de relieve el fallo recurrido, resulten suficientes para prevenir y remediar, íntegramente, estas afectaciones.

Una herramienta que produce riesgos concretos y prevenibles de detenciones arbitrarias no puede ser convalidada. Ello es especialmente relevante si la normativa que la introduce no contiene ninguna previsión específica para prevenir y/o remediar este tipo de situaciones.

Al igual que en el apartado anterior, nos referiremos primero a la normativa que rige en la materia, y luego a los hechos comprobados en la causa, para finalmente explicar la incompatibilidad de las normas que instrumentan el SRFP con el derecho bajo análisis.

a) *El derecho a la libertad ambulatoria. El deber del Estado de prevenir las detenciones arbitrarias*

El artículo 18 de la Constitución Nacional, también es claro cuando establece que *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”*.

El artículo 7 de la CADH, por su parte, establece que: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”*.

Como corolario de estos preceptos, el Estado tiene un claro deber de impedir que se concreten detenciones que los contraríen.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) es contundente en punto a que “los Estados deben prevenir la ocurrencia de detenciones arbitrarias, en particular de personas que circulan por la vía pública para abastecerse de alimentos, medicamentos y otras necesidades básicas, además de respetar el principio de legalidad y las garantías judiciales” (Párrafo 124 de la sentencia del caso Bulacio v. Argentina).

Por su parte, la Corte IDH sostuvo que las detenciones de una persona por parte de efectivos de las fuerzas de seguridad constituyen acciones que tienen injerencia en la libertad ambulatoria por lo que “... reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de “garantizar su seguridad y mantener el orden público... Sin embargo, el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho.” (Párrafo 90 de la sentencia de la Corte IDH en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador).

Vale recordar que, en el caso “Bulacio v. Argentina”, la Corte IDH ha señalado que “con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida”.

Además del desarrollo a nivel regional, es clara la prohibición en la Constitución Nacional a la arbitrariedad en las detenciones. Tal como sostuvo el juez Petracchi en su voto de Fallos 321:2947, “(...) todas las protecciones que el art. 18 de la Constitución Nacional asegura frente a las intromisiones estatales en los derechos del individuo tienen como común denominador la proscripción de la arbitrariedad. Esta garantía básica y de contenido general es también la que recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 12 y, con idénticos términos, el art. 17, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su

familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Igual proscripción genérica formula la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación a la libertad ambulatoria, en su art. 7, inc. 3º (Fallos 321:2947, voto del juez Petracchi, cons. 12).

Queda claro, así, el deber del Estado de prevenir las detenciones arbitrarias o cualquier tipo de situación que pueda aumentar el riesgo de que estas se produzcan. En ese sentido, la implementación del sistema de reconocimiento facial en las condiciones actuales (teniendo en cuenta, por ejemplo, el estado de las bases de datos para las búsquedas), aumenta innecesaria y desproporcionadamente el riesgo de arbitrariedades, lo que repercute en la libertad ambulatoria de las personas que resulten demoradas y/o detenidas.

b) Lo acreditado en autos sobre el funcionamiento del SRFP en este aspecto

Como ya hemos señalado, el art. 480 bis de la Ley N° 5688 (introducido por la Ley N° 6339), establece, en lo que aquí interesa, que el Sistema se empleará para la “*detección de personas buscadas exclusivamente por orden judicial, registradas en la Base de Datos de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC)*”.

Análogas previsiones contiene el art. 2º de la ya referida Resolución N° 398/MJYSGC/19, cuyo art. 3º agrega: “*El Sistema de Reconocimiento Facial de Pró fugos se integra con la totalidad de los registros incorporados en la Base de Datos de Consulta Nacional de Rebeldías y Capturas (CONARC) y con los datos biométricos consultados del Registro Nacional de las Personas (RENAPER), **debiendo corresponder estos últimos única y exclusivamente a personas que registren orden judicial de restricción de la libertad registradas en la base del CONARC***” (el destacado es propio).

De este modo, como también se expone en la sentencia, el SRFP, a través de las cámaras de video vigilancia, capta imágenes que se visualizan y procesan en el Centro de Monitoreo Urbano (CMU) de la Policía de la Ciudad y las coteja con los datos biométricos contenidos en la CONARC, y en caso de advertir una coincidencia, emite una alerta para que personal policial actúe en consecuencia.

El problema aquí es que el Sistema, lejos de ser infalible, es susceptible de incurrir en errores, cuyas consecuencias resultan de enorme gravedad, tal como se puso de relieve en el escrito de inicio. Tanto por errores en el algoritmo de identificación de los datos biométricos, como en los registros donde constan las órdenes de captura de personas prófugas, el resultado es el mismo: la detención arbitraria, es decir sin una orden judicial previa que la habilite correctamente y, muchas veces, sin conocer el motivo de su detención (identificación incorrecta o pedidos de captura que ya no se encuentran vigentes).

La sentencia de primera instancia, confirmada por VV.EE., es por demás elocuente en este aspecto, detallando la copiosa prueba acumulada en el expediente y que demuestra, sin lugar a dudas, que la operatoria del SRFP trae aparejada, sistemáticamente, la concreción de detenciones erróneas y por ende arbitrarias.

El informe de la Defensoría del Pueblo, por ejemplo, apunta que desde mayo del 2019 se comenzaron a advertir serias falencias en la base de datos de CONARC y las afectaciones que éstas ocasionaban a los derechos de los ciudadanos, y expone que uno de los grandes problemas que se advertía eran los errores y falta de actualización en la base de datos CONARC sobre la que el SRFP se sustenta.

Y señala que *“verificó casos concretos sobre la detención de ciudadanos que finalmente no resultaron ser las personas requeridas judicialmente, porque en la mayoría de los casos los números de los documentos de identidad eran erróneos”* (pág. 6).

El informe al que nos venimos refiriendo relata, uno tras otro, numerosos casos de personas que fueron demoradas y/o detenidas errónea, y por ende arbitrariamente, en virtud de la operación del SRFP. La sentencia de la Jueza de primera instancia los reseña en los siguientes términos:

“a) Trámite 14122/19: el 07/05/2019 un hombre (D.L.G.F.) fue interceptado por personal policial en la estación Retiro de la línea C de subterráneos debido a que el SRFP emitió una alerta motivada en una declaración de rebeldía y solicitud de captura. Finalmente, se determinó que él no era la persona requerida, siendo que la solicitud de captura pesaba sobre otra persona con distinto apellido. Se libraron los correspondientes oficios a la Policía Federal Argentina, a la Policía de la Ciudad de Buenos Aires y al Registro Nacional de

Reincidencia con el objeto de subsanar el aludido error y dejar sin efecto la búsqueda y captura para el número de DNI referido. Sin embargo, el 05/11/19 se realizó la consulta a la base que diariamente publicaba CoNaRC por el DNI surgiendo vigente la irregular captura aludida con relación a D.L.G.F...

b) Trámite 18437/19: un ciudadano denunció haber sido detenido en dos oportunidades por un error en el CoNaRC. Refirió que le indicaron que tenía pedido de captura, lo demoraron varias horas y manifestó que en ese momento no le entregaron acta de lo acontecido. En una segunda oportunidad, cuando estaba en la estación de subterráneos de Constitución se le acercaron oficiales de policía por una alerta en el SRFP. En dicha oportunidad estuvo demorado alrededor de dos horas y luego le dieron un acta. Manifestó se había acercado a la unidad fiscal donde tramitaba la causa y allí le indicaron que la causa en cuestión no se encontraba a su nombre...

c) Trámite 19276/19: una mujer (C.G.L.) relató que personal policial la interceptó el 31/05/2019, en la estación Constitución, Línea C de Subterráneos, debido a que el SRFP emitió una alerta. Refirió que luego de transcurrida una hora se determinó que la declaración de rebeldía y solicitud de captura pesaba sobre otra persona. Preciso que el 23/04/19 se sobreseyó a la imputada, es decir, varios meses antes de que ella fuera interceptada por la emisión de alerta y que al 11/9/19, dicho requerimiento subsistía en la base de CoNaRC...

d) Trámite 19426/19: L.C.V. manifestó que el 25/06/19 fue abordado por personal policial en la estación Callao de la línea B en virtud de una alerta emitida por el SRFP. Indicó que finalmente se supo que la persona buscada era alguien con una causa penal del año 2002 por robo a mano armada y que era evidente que habían cargado erróneamente sus datos de DNI. Relató que después de una hora en el andén esperando lo llevaron a la comisaria para firmar un acta, tomarle huellas y sacarle fotografías. Manifestó que después de más de tres horas de estar demorado pudo retomar sus actividades. Luego de librar oficios para dar de baja su pedido de captura erróneo, informó que al 05/09/19 ella se encontraba vigente...

e) Trámite 21470/19: M.R.H.R.M. explicó que el 10/07/2019 fue demorada durante el lapso de una hora por ocho policías de la Ciudad quienes la corrieron para interceptarla en la estación Retiro con motivo de una alerta del SRFP. De acuerdo a la información

suministrada, la búsqueda y captura habría sido ordenada y posteriormente dejada sin efecto, sin perjuicio de lo cual se corroboró a través de la búsqueda del CoNaRC que en ese momento la orden de captura se encontraba vigente...”.

Coincidentemente se pronunció el Director del Registro Nacional de Reincidencia en el informe incorporado al expediente, donde señala tajantemente que la utilización de la base de datos de la CONARC (que funciona en el ámbito de dicho organismo) “puede motivar algún tipo de conflicto al dar lugar a una detención errónea comúnmente denominada ‘falso positivo’”.

En tal sentido precisó que “la utilización de la CoNaRC, en el marco del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos empleado en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puede generar diferentes problemáticas, dado el funcionamiento del mismo, toda vez que a pesar de realizarse los pertinentes contralores y relevamientos permanentes de la información contenida en dicha base de datos, por parte de este REGISTRO NACIONAL DE REINCIDENCIA, pueden surgir diferentes supuestos tales como, fallas en los datos patronímicos de las personas humanas incluidas, fuere por información falsa brindada por la propia persona humana, o por errores involuntarios de parte de los operadores del sistema judicial; modificación de temperamentos procesales, cuya comunicación para su debida toma de razón, se demora por razones ajenas a este organismo; todo lo cual pudiere dar lugar a detenciones erróneas –falsos positivos- con las consecuencias disvaliosas que eso acarrearía al sujeto de derecho involucrado”.

Es decir, el propio organismo en el cual funciona la base de datos que por ley debe tomar como referencia el SRFP está advirtiéndole que su empleo a tales efectos puede dar lugar a “falsos positivos”, es decir, a detenciones arbitrarias.

Esta situación, a su vez, ha sido reconocida por la propia demandada. Reiteramos, según la Nota NO-2019-33745359-GCBA-DGEYIT, la operación del sistema ha dado lugar, hasta el momento, a la puesta a disposición de la justicia de 1648 personas, y a un total de 141 “falsos positivos”, es decir, individuos que no tenían orden de captura, pero fueron detenidos en base a un error de la herramienta tecnológica y/o de las bases de datos de las que esta se nutre.

Y fue puesta de relieve también en el marco de la constatación dispuesta por el entonces Juez interviniente, Dr. Gallardo, en el Centro de Monitoreo Urbano, oportunidad en la cual las autoridades locales admitieron que durante las primeras etapas de su funcionamiento el SRFP había presentado una tasa de error del 7 u 8 %, que persistía inclusive excluyendo los supuestos en los que los datos de la persona estaban mal cargados en la CONARC.

De más está decir que se trata de detenciones arbitrarias, por fuera de toda habilitación legal y constitucional, que afectan gravemente la presunción de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria de los involucrados. La introducción y el funcionamiento del Sistema trae aparejadas consecuencias de este tipo, y es por ello que se configura una restricción ilegítima de esos derechos. Existan o no mecanismos de control adicionales como los introducidos por la Jueza de grado y por VV.EE.

c) La afectación del derecho a la libertad ambulatoria

De este modo, al igual que en el acápite anterior, la cuestión a dilucidar es si es posible prescindir de todas estas circunstancias a la hora de analizar la validez constitucional de las normas que instrumentan el SRFP. Y si resultan suficientes las referencias de VV.EE. al mal funcionamiento de los sistemas de control, a cuya correcta aplicación supedita la sentencia recurrida la puesta en funcionamiento del Sistema.

Una vez más, respetuosamente discrepamos con el criterio de esta Sala. Ciertamente, los controles introducidos por la sentencia impugnada pueden reducir la cantidad de detenciones erróneas, pero no eliminan el riesgo concreto y previsible de que ocurran. Los falsos positivos, las privaciones de la libertad sin ningún sustento legal ni constitucional, son un subproducto necesario de la operatoria del Sistema.

Repárese en que parte de los “falsos positivos” responde a errores del algoritmo con que funciona el SRFP, siendo un hecho notorio que todo sistema de reconocimiento facial presenta cierto margen de error.

Tampoco en este aspecto es posible prescindir de las serias irregularidades que ya hemos referido, y que han sido comprobadas en relación al funcionamiento del Sistema.

Así, cabe recordar lo dicho en el apartado anterior, en punto a que se obtuvieron los datos biométricos de aproximadamente siete millones de personas, y se cargaron en el sistema miles de ellos por fuera de los casos legalmente autorizados (esto es, los incluidos en la CONARC), todo lo cual también puede generar “falsos positivos” como lo señalaron inclusive los peritos de la PSA.

Los expertos fueron terminantes: *“existen personas que deberían no encontrarse dentro en la base de datos del SRFP, para que de forma posterior sean localizados por el motor del sistema de reconocimiento facial, **debiéndose eliminar (“baja”) para que no sean detectados por el sistema dando lugar a detenciones por falsos positivos, tal es el caso de COLOMBO VIÑA, LEANDRO que al día de la presente su rostro continúa integrando los registros de la tabla ‘faces’**”* (pág. 30 del informe pericial, el destacado nos pertenece).

Nuevamente traemos a colación lo establecido por la CSJN en los precedentes “Castillo” y “González Victorica”: no es posible soslayar los efectos que las normas que instrumentan el SRFP han producido hasta el momento - en este caso, la reiterada concreción de detenciones arbitrarias - ni el riesgo cierto y actual que todo ello implica para la libertad ambulatoria de toda persona que transite por la Ciudad de Buenos Aires.

Aún si, por hipótesis, los mecanismos de control que introduce la sentencia de esta Sala permitieran depurar y actualizar debidamente la base de datos de la CONARC, persistiría el margen de error propio de todo sistema de esta índole, que inevitablemente se traducirá en serias afectaciones al derecho bajo estudio.

Y, además, nada garantiza que, inclusive de concretarse los controles en el ámbito de la eventual ejecución de la sentencia de VV.EE., su eficacia se extienda en el tiempo luego de agotado el presente proceso.

Una vez más destacamos que precisamente las normas que introducen estos controles son generales, carecen de mecanismos específicos tendientes a garantizar su eficacia, y han fallado rotundamente hasta el momento en su cometido de - entre otras cuestiones - evitar la producción de detenciones arbitrarias.

Así las cosas, resulta desacertada la afirmación de la sentencia impugnada respecto de que *“en términos hipotéticos, el correcto funcionamiento del mecanismo que nos ocupa debiera evitar la generación de falsos positivos. Esa circunstancia evitaría —por un lado— detenciones y demoras indebidas que transgredan el principio de inocencia; y, por el otro, la configuración de restricciones ilegítimas a la libertad ambulatoria”*.

Porque un remedio hipotético es incompatible con la tutela que requiere un derecho de primer orden como la libertad ambulatoria, y porque en todo caso se podrá disminuir el número de “falsos positivos”, pero jamás eliminarlos totalmente.

En tales condiciones, el deber del Estado de prevenir las detenciones arbitrarias o cualquier tipo de situación que pueda aumentar su riesgo (en los términos de los precedentes del Sistema Interamericano de DDHH reseñados en el apartado anterior) resulta totalmente soslayado en la decisión impugnada. Este principio exige una respuesta judicial más contundente, puesto que la implementación del sistema de reconocimiento facial aumenta innecesaria y desproporcionadamente el riesgo de arbitrariedades, lo que repercute en la libertad ambulatoria de las personas que resulten demoradas y/o detenidas.

También a este respecto adquiere relevancia el principio de prevención del daño, introducido por el Legislador Nacional en el Código Civil y Comercial, y el criterio de la Corte Suprema en punto a que en la tutela de bienes colectivos tiene una “prioridad absoluta” la prevención del daño futuro (Fallos 329:2316).

En conclusión, la ya citada Resolución 398, y las previsiones de la Ley N° 6339 que instrumentan el Sistema aquí cuestionado son inconstitucionales, porque generan sistemáticamente detenciones arbitrarias que atentan contra los preceptos constitucionales que tutelan la libertad ambulatoria y contra la presunción de inocencia, implicando por ello un riesgo cierto, previsible y prevenible para el derecho referido.

IV.3. LA TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Por último, en función de todo lo expuesto en los apartados precedentes, la Resolución 398 y los artículos 478, 480, 484, 490, 480 bis y 490 bis de la Ley N.º 5.688

transgreden, además, el principio de proporcionalidad que rige en materia de reglamentación de derechos.

Las consecuencias que el Sistema ha generado, y que ya hemos explicado detalladamente, son por demás elocuentes en ese sentido. Un Sistema destinado a dar con unas 40.000 personas que se encuentran prófugas y que están registradas en la base de datos de la CONARC ha suscitado: la compulsión ilegítima de los datos biométricos de millones de personas; la inclusión de miles de ellos en el Sistema para que fueran buscados, sin que hasta el día de la fecha se haya brindado una explicación mínimamente razonable al respecto; y la detención arbitraria de más de cien personas.

No hay aquí ninguna proporcionalidad, los derechos de un sinnúmero de individuos (literalmente de *millones*) han sido groseramente vulnerados a través del mecanismo introducido por las normas cuya constitucionalidad se discute en autos.

Y una vez más, no compartimos las afirmaciones de VV.EE. en punto a que supeditar la puesta en marcha del Sistema a los mecanismos de control detallados en la sentencia constituya una respuesta adecuada.

Cuando una norma da lugar a semejante grado de vulneraciones a derechos constitucionales, transgrediendo todo criterio de razonabilidad y proporcionalidad, la solución prevista por el ordenamiento jurídico es clara: la declaración de inconstitucionalidad.

a) El principio de proporcionalidad

Como es sabido, toda medida restrictiva de derechos debe respetar el principio de razonabilidad, que surge del art. 28 de la Constitución Nacional. Al respecto señala la doctrina que *“la razonabilidad importa una relación proporcionada entre los medios y los fines. Radica en advertir si las restricciones a la libertad individual son indispensables y proporcionales para alcanzar los fines de interés general”* (Badeni, Gregorio, Instituciones de Derecho Constitucional, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 246).

La CSJN ha destacado que la reglamentación no puede desvirtuar el derecho de que se trate (Fallos 156:290), allanarlo totalmente (Fallos 294:434), ni tampoco alterarlo (Fallos 189:234). A su vez, ha considerado que se infringe el principio de razonabilidad cuando el legislador consagra una manifiesta iniquidad (Fallos 307:906).

En definitiva, *"lo relevante a efectos del control de constitucionalidad que incumbe a la Corte Suprema queda ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad que supone que tales actos deberán satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido y carecer de iniquidad manifiesta"* (Fallos: 328:690, voto de los Jueces Maqueda y Highton de Nolasco).

La Corte avanzó en ciertos lineamientos acerca de la proporcionalidad que deben guardar las medidas del Estado sobre los particulares en su Acordada 17/201910, estrechamente vinculadas con el derecho a la intimidad al que nos referimos en apartados anteriores.

Allí afirmó que *"...la Constitución Nacional veda las intromisiones arbitrarias en la privacidad. De tal modo, las circunstancias y razones que validan la irrupción en el ámbito privado de los individuos deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática (arg. "Halabi", Fallos: 332:111, considerando 25, entre otros y Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Escher y otros vs. Brasil", serie C 200, sentencia del 6 de julio de 2009, párrafo 116, y su cita del "Caso Tristán Donoso vs. Panamá", serie C 193, sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 56)."* (Considerando V).

A esto le sumó que "...el balance entre el derecho de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal de un posible delito, debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica herramienta investigativa dispuesta en la causa, en cuyo marco corresponde tamizar la medida elegida por los filtros de la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad" (Considerando VI).

Los límites en la injerencia aparecen estrictamente vinculados a aquello que se pretende investigar, por lo que para la CSJN no resulta una posibilidad “...que la privacidad pueda ser soslayada en miras a satisfacer una necesidad genérica y abstracta de prevenir o descubrir delitos”. Esto significa que “La obtención furtiva de datos personales o información sensible que no encuentra fundamento en una investigación judicial, la elaboración de registros meramente “preventivos”, (...) la posesión de datos íntimos que no resultan conducentes para el esclarecimiento de un delito, no solo deben ser prevenidos y castigados por la ley y la jurisprudencia subsecuente, sino que deben merecer el máximo repudio social, pues constituyen un atentado a la confianza pública.” (Considerando VIII).

b) La vulneración del principio por las normas cuestionadas

Entendemos que estos estándares, correctamente reseñados desde el punto de vista abstracto en las consideraciones del fallo impugnado, resultan sin embargo dejados de lado en el punto central de su argumentación, y en la concreta solución adoptada.

En efecto, el análisis de proporcionalidad no puede quedar sujeto a la eventual concreción y efectividad de los mecanismos de control introducidos por la sentencia de primera instancia y por la de esta Sala.

Como ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las sentencias judiciales deben atender a las condiciones existentes al momento en que se dictan (Fallos: 345:905, 344:1843, 344:1360, entre otros).

Pues bien, en el caso estas condiciones están dadas por el funcionamiento del Sistema hasta el momento, y comprenden, sin dudas, todo lo ya expuesto en punto al acceso ilegítimo a los datos biométricos de gran cantidad de personas, la introducción de varios de ellos en el motor de búsqueda del SRFP, y también la existencia de múltiples detenciones arbitrarias a partir de su operación.

Y abarcan, también, el enorme riesgo que el sistema implica para los derechos a la privacidad y a la libertad ambulatoria, cuestiones estas a las que nos hemos referido en apartados anteriores, a los que remitimos en honor a la brevedad.

Todo ello resulta incompatible con el principio de proporcionalidad.

Así, según la Nota NO-2019-33745359-GCBA-DGEYIT, la operación del sistema ha dado lugar, hasta el momento, a la puesta a disposición de la justicia de 1648 personas que efectivamente eran buscadas.

El contraste de este modesto beneficio con la cifra de individuos cuyos datos fueron compulsados ilegítimamente, y cargados en el SRFP por fuera de toda habilitación legal, es contundente en cuanto a la total y completa ausencia de proporcionalidad.

En ambos casos, el número de personas que sufrieron graves afectaciones en su derecho constitucional a la privacidad supera holgadamente, y varias veces, al número de personas que se ha conseguido poner a disposición de la justicia mediante el SRFP. Millones, y más de diez mil, contra unos mil seiscientos.

Las cifras son elocuentes, y demuestran a las claras la total incompatibilidad de un mecanismo de este tipo con los preceptos constitucionales en materia de intimidad.

Vale recordar que, en ocasión de analizar la implementación del SRFP, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad, Joseph Cannataci, cuando visitó Argentina en el año 2019, afirmó: “Soy consciente de la necesidad de detener a las personas sospechosas de haber cometido delitos y llevarlas ante la justicia, **pero no veo la proporcionalidad de instalar una tecnología con graves implicaciones para la privacidad para buscar en una lista de 46.000 personas que actualmente incluye a menores y delitos no graves y que no se actualice y compruebe cuidadosamente su exactitud**”

(Disponible

en:

<https://www.senado.gob.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/relator.pdf>,
agregado).

énfasis

Es así que en el Sistema de Reconocimiento Facial, y las normas que lo instrumentan, se advierte un grave problema de proporcionalidad con el objetivo que se pretende alcanzar: toda persona que pase por delante de las cámaras con las que aquél opera puede ser alcanzada por vigilancia y análisis de sus datos biométricos, y sin siquiera saberlo, en tanto no están señalizadas sus ubicaciones.

En el caso que nos ocupa, el peligro, la posibilidad de que se concrete la vigilancia y el análisis de los datos de todas las personas que transitan por los lugares monitoreados por las cámaras que integran el sistema, destinado a dar con un número limitado de individuos respecto de los cuales existen órdenes de captura pendientes, traduce una restricción del derecho a la privacidad y la intimidad que resulta incompatible con todo criterio de razonabilidad.

Y análogas consideraciones cabe formular en relación a las afectaciones vinculadas al derecho a la libertad ambulatoria, siendo evidente lo desproporcionado de una herramienta tecnológica que, en su funcionamiento normal, origina detenciones erróneas y arbitrarias (como se expuso y se demostró en apartados anteriores), lo que traduce un claro desajuste entre la finalidad perseguida y los medios empleados para obtenerla.

Adviértase que, como ya se explicó, para detener a unas 1600 personas buscadas por la justicia, se incurrió en 140 detenciones arbitrarias. Esta última cifra no es para nada menor, y sin lugar a dudas no se justifica, para lograr unas 1600 detenciones de personas buscadas, incurrir y aceptar 140 detenciones arbitrarias (con una tasa de error que se acerca al 10%).

Todo lo expuesto demuestra que las normas que introdujeron e implementaron el SRFP no son compatibles con el principio de proporcionalidad, en tanto su vigencia ha dado lugar a las graves afectaciones de derechos como la privacidad y la libertad ambulatoria, que superan con creces los beneficios que conlleva el Sistema, y especialmente dado que existen medidas alternativas, menos gravosas para los derechos en juego, que permitirían alcanzar los objetivos perseguidos sin menoscabar para ello los preceptos constitucionales indicados.

En tales condiciones, no resulta suficiente el criterio sentado por VV.EE. en punto a que la ineficacia, hasta el momento, de los controles que las normas que regulan el Sistema establecen impide efectuar en tiempo presente el análisis de proporcionalidad (*"la ausencia de los controles... impide arribar a la conclusión pretendida"* dicen los Sres. Jueces).

Las disposiciones cuya constitucionalidad se cuestiona, aún tomando en consideración los controles que estas delimitan y a los que la sentencia condiciona la implementación del SRFP, son incompatibles con el principio de proporcionalidad.

Los efectos que han producido hasta el momento son contundentes en ese sentido, y también lo son los graves riesgos para los derechos en juego que ellos implican; y no es posible supeditar el test de proporcionalidad a la eventual eficacia de una serie de mecanismos de control que han sido palmariamente inefectivos hasta el momento, y que no han conseguido evitar las situaciones ya expuestas.

IV.4. LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL INVOLUCRADA EN EL CASO

En el caso existe cuestión constitucional que habilita la deducción de la presente impugnación, toda vez que se ha cuestionado la validez de las normas que instrumentan el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos, es decir de la Resolución N° 398/MJYSGC/19, y de los arts. 478, 480, 484, 490, 480 bis y 490 bis de la Ley n° 5688 (texto cf. Ley 6339), por resultar contrarias a derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y local, concretamente la libertad ambulatoria, presunción de inocencia, privacidad e intimidad (art. 26, Ley N° 402).

Como se ha demostrado en acápites precedentes, los preceptos indicados resultan incompatibles con los derechos y garantías oportunamente citados en la demanda, y la decisión de VV.EE., al denegar parcialmente el recurso de apelación de esta parte, recae sobre estas cuestiones.

V. RESERVA DEL CASO FEDERAL

Para el caso de una decisión contraria al interés de esta parte, hacemos formal reserva de caso federal por encontrarse en juego derechos y garantías fundamentales y normas de derecho federal, entre ellas los arts. 16, 18, 19 y 75 incs. 22 y 23 de la CN; arts. 11, 7.3 y 24, CADH; arts. 2 y 7, DUDH; y arts. 2.1, 26 y 17 PIDCyP.

VI. PETITORIO

En función de lo expuesto, solicitamos:

- 1) Se tenga por presentado, en legal tiempo y forma, este recurso de inconstitucionalidad;
- 2) Se declare admisible el recurso;
- 3) Se haga lugar a nuestra pretensión y se deje sin efecto la sentencia de esta Sala I de fecha 28 de abril del corriente en cuanto es materia de agravio en la presente impugnación;
- 4) Consecuentemente, se dicte una resolución conforme a derecho, declarando la inconstitucionalidad de la Resolución N° 398/MJYSGC/19 en su totalidad, y de los arts. 478, 480, 484, 490, 480 bis y 490 bis de la Ley n° 5688 (texto cf. Ley 6339);
- 5) Se tenga presente la reserva del caso federal formulada.-

Proveer de conformidad que,

SERÁ JUSTICIA

The image shows two handwritten signatures in black ink. The signature on the left is for Paula Litvachky, featuring a stylized 'L' and 'h' with a long horizontal stroke underneath. The signature on the right is for Diego R. Morales, featuring a stylized 'D' and 'M' with a long horizontal stroke extending to the right.

Paula Litvachky

Diego R. Morales

Directora Ejecutiva

Abogado

CELS

CPACF T° 69 F° 721

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping 'G' shape with a horizontal line extending to the right.

TOMASI I. GRIFFA
ABOGADO
G.R.A.C.E. T° 125 - P° 695



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires

Leyenda: 1983 - 2023. 40 Años de Democracia

Tribunal: SALA 1 CATyRC - CAYT - SECRETARÍA UNICA

Número de CAUSA: EXP 182908/2020-0

CUIJ: J-01-00409611-4/2020-0

Escrito: INTERPONEN RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. FORMULAN RESERVA DEL CASO FEDEI

FIRMADO ELECTRONICAMENTE 16/05/2023 09:01:35

GRIFFA TOMÁS - CUIL 20-33421182-8