

**INTERPONE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD - MANTIENE RESERVA
DEL CASO FEDERAL**

Sres. Jueces:

OTERO, MATÍAS, abogado, (T°132, F°763 C.P.A.C.F.), con domicilio electrónico CUIT 20-34098950-4, en mi carácter de **apoderado del Observatorio de Derecho Informático Argentino**; con domicilio real en la calle Arcos N° 2966 Piso N° 4 Dpto “A”, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, la CABA), manteniendo domicilio procesal en calle General Hornos N°1024 de la CABA, denunciando correo electrónico: matiasdanielotero@gmail.com, en los autos caratulados **“OBSERVATORIO DE DERECHO INFORMÁTICO ARGENTINO O.D.I.A. Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS (EXPTE. N° 182908/2020-0)** a V.S. me presento y respetuosamente digo:

I. OBJETO:

Habiéndose notificado ésta parte de lo resuelto por vuestra Sala, el Observatorio de Derecho Informático Argentino (en adelante, O.D.I.A.) interpone Recurso de Inconstitucionalidad (cfr. arts. 27 y 28 de la Ley CABA N° 402) con basamento en los aspectos que serán señalados en los puntos venideros contra el resolutorio obrante en la actuación N° 1055665/2023, suscrita del día 28 de abril del corriente.

II. FUNDAMENTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:

II. 1. ELEMENTO DE RIESGO (PELIGROSIDAD DEL SISTEMA):

Defectuosidad del sistema y finalidad impura:

Que, por un lado, la alzada al fundamentar la sentencia expresa: *“...es preciso realizar un balance entre el interés de las personas a no sufrir una invasión a su privacidad y el interés estatal en el cumplimiento del deber de garantizar la seguridad pública. A ese fin es*

necesario ponderar si la medida adoptada para alcanzar la finalidad perseguida supera los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad” [el destacado me pertenece].

En el mismo sentido, escribió: “...*cabe recordar que el principio de proporcionalidad (que integra el de razonabilidad) se conforme de tres subprincipios, a saber: adecuación, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto. El primero de los mencionados (adecuación) evalúa dos cuestiones: por un lado, la finalidad que persigue la norma; y, por el otro, si esta se halla incluida dentro de los fines constitucionales (es decir, fin lícito e idoneidad para alcanzarlo). El segundo (necesidad) obliga a ponderar si la restricción dispuesta sobre el derecho es la menos gravosa entre otras igualmente posibles en el mismo grado de eficacia. Finalmente, el último subprincipio (proporcionalidad propiamente dicha) exige sopesar los perjuicios que la limitación del derecho ocasiona a su titular y las ventajas que se obtienen con motivo de su aplicación; ello, con el objetivo de determinar si el grado de afectación se encuentra justificado (es decir, cuál de los derechos en tensión debe privilegiarse)*” [el destacado me pertenece].

Ahora bien, sin perjuicio de lo destacado precedentemente, al respecto ésta parte advierte que, **los jueces de la Cámara no tuvieron en cuenta a la hora de expedirse que, no se trata en el presente caso de dilucidar si la inconstitucionalidad de las norma habilitante** (en este caso, el andamiaje normativo relativo a los esfuerzos en materia de seguridad por parte de la Administración) **resulta ser un hecho plausible, más bien, tal tesitura se presenta como una consecuencia lógica, e inevitable, derivada de las comprobaciones fácticas constatadas por la propia sentencia en cuanto a las condiciones de funcionamiento del SRFP.**

De tal modo, la normativa legislativa habilitante para la implementación del SRFP, se presenta a todas luces disvaliosa al tomar en consideración la circunstancia de que las supuestas restricciones establecidas por la política legislativa a fines de garantizar el uso adecuado de esta tecnología, no ha supuesto en los hechos más que una habilitación en blanco para la actuación del Poder Ejecutivo el que se ha valido de este conjunto de normas para emprender una actuación contraria a los principios más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Resulta menester explicar —nuevamente—, **que el objeto central de la presente controversia** no se circunscribe en analizar la implementación de una determinada política pública sino, más bien, a **determinar las consecuencias resultantes del manifiesto abandono de los principios más elementales de nuestro Derecho Constitucional emprendida por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires** (en adelante, GCBA) al amparo del secreto del secretismo del código fuente, datasets y demás elementos arquitectónicos del sistema le posibilita —cuestión que será desarrollada más adelante—, al implementar este tipo de tecnología en el espacio público.

Al respecto vale indicar que, ya en el año 2018, estudios de la Universidad de Harvard, han sostenido que “...*De los datos biométricos dominantes en uso (huella dactilar, iris, palma de la mano, voz y rostro), el reconocimiento facial es el menos preciso y está plagado de problemas de privacidad...*”. Además, arrojó que, “...*La policía usa el reconocimiento facial para comparar las fotos de los sospechosos con las fotos policiales y las imágenes de la licencia de conducir; se estima que casi la mitad de los adultos estadounidenses, más de 117 millones de personas, a partir de 2016, tienen fotos dentro de una red de reconocimiento facial utilizada por las fuerzas del orden. Esta participación se produce sin consentimiento, ni siquiera conciencia, y se ve reforzada por la falta de supervisión legislativa. Sin embargo, lo que es más preocupante es que la implementación actual de estas tecnologías implica un sesgo racial significativo, particularmente contra los afroamericanos. Incluso si es preciso, el reconocimiento facial empodera a un sistema de aplicación de la ley con un largo historial de vigilancia racista y antiactivista y puede ampliar las desigualdades preexistentes...*”[v. <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology> - el destacado me pertenece].

En consonancia con lo precitado, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), en ocasión de analizar los riesgos derivados de la implementación de sistemas como el aquí cuestionado, ha afirmado que “...*Mas, a día de hoy, es un riesgo más que no podemos permitirnos, pues la inexactitud es predecible desde el propio momento del diseño de este tipo de sistemas de información a la hora de identificar al condenado y su confusión con otra persona puede generar un riesgo de discriminación y exclusión social inaceptable. Y ello a mayor abundamiento de todas las consideraciones esgrimidas sobre la falta de normativa que lo legitime (tratamiento prohibido) y garantice el nivel adecuado de proporcionalidad frente a los derechos y libertades para los afectados. La vulneración de la protección de*

datos desde el diseño infringe el artículo 25.1 del RGPD, tipificada en el art 83.4a) y considerada grave a efectos de prescripción en el art. 73.d) de la LOPDGDD.” [v. Agencia Española de Protección de Datos, Procedimiento N°: PS/00120/2021].

También, en el marco del Derecho Regional Europeo, vale remarcar que ya, desde 2019, las autoridades de control de la UE tienen dicho que “...**Además de los problemas de privacidad, también hay riesgos relacionados con posibles mal funcionamiento de estos dispositivos y los sesgos que pueden inducir. Los investigadores informan que el software utilizado para la identificación, el reconocimiento o el análisis facial se realiza de manera diferente en función de la edad, el género y la etnia de la persona que está identificando. Los algoritmos se realizan sobre la base de diferentes demografías, por lo tanto, el sesgo en el reconocimiento facial amenaza con reforzar los prejuicios de la sociedad. Por ello, los responsables del tratamiento de datos también deben garantizar que el tratamiento de datos biométrico adoptado en 5 derivado de la videovigilancia se someta a una evaluación periódica de su pertinencia y suficiencia de las garantías proporcionadas**” [v. EDPB European Data Protection Board Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices (version for public consultation), adopted on 10 July 2019.- La traducción es de la AEPD)].

Trasladando lo acaecido en otros países que implementaron el SRFP, en el ámbito local, tampoco hay que perder el foco en el **elemento de riesgo** que imparte este tipo de sistemas, es decir, este tipo de vigilancia a gran escala pondría también en grave riesgo la privacidad de los ciudadanos. Oportunamente, ésta parte ha manifestado en varias ocasiones que, existen en otras partes del mundo una fuerte evidencia de que **el sistema es defectuoso** y pone en peligro a personas inocentes —invierte solapadamente el principio de inocencia y nos transforma en sospechosos de forma masiva—, especialmente a grupos vulnerables, racializados y marginados.

Abonando lo aquí afirmado respecto al riesgo introducido en el espacio público que estos sistemas representan, vale señalar, también, la reciente sentencia adoptada por el Tribunal Supremo Español en STS 3233/2022, atento que en tal caso se condenó a un oficial policial por las amenazas proferidas a su ex pareja mediante el abuso de los sistemas informáticos puestos a su disposición [v.

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac243f06784a77bd274d508406a0fddd86a0>].

Asimismo, en el año 2020 se suscita en Reino Unido, el caso de *R (sobre la aplicación de Bridges) v Chief Constable of South Wales Police* ([2020] EWCA Civ 1058), donde el Tribunal de Apelación sostuvo que la tecnología de reconocimiento facial automatizada en vivo ("AFR") utilizada por la Policía de South Wales Force ("SWP" - policía del norte de Gales) era ilegal ya que no estaba "*de conformidad con la ley*" a los efectos del artículo 8 del CEDH.

Además, en el referido caso la fuerza policial de Gales del Sur no había llevado a cabo una evaluación de impacto de protección de datos ("DPIA") adecuada y no había cumplido con el deber de igualdad del sector público ("PSED"). Este es el primer desafío legal exitoso a la tecnología AFR y una decisión importante en relación con la regulación de la vigilancia estatal. Los temas planteados por la apelación fueron de particular importancia porque **si AFR se hubiera utilizado a nivel nacional, sin ningún límite en la discreción sobre a quién apuntar y dónde usarlo, habría cambiado radicalmente la naturaleza de la vigilancia.**

El caso se refería a un tipo de tecnología AFR conocida como AFR Locate. Esto funcionaba mediante la extracción de datos biométricos faciales los cuales eran capturados en una transmisión en vivo desde una cámara y establecía un contraste automáticamente con los rostros de una lista de observación de la policía, una base de datos de personas de interés por varias razones. Si no se detectaba ninguna coincidencia, el software eliminaba automáticamente la imagen facial capturada de la transmisión en vivo. Si se detectaba una coincidencia, la tecnología producía un alerta y la persona responsable de la tecnología, generalmente un oficial de policía, revisaría las imágenes para determinar si se debía realizar una intervención.

[v. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/R-Bridges-v-CC-South-Wales-ors-Press-Summary.pdf>].

Este fue el primer caso en considerar el uso de la tecnología AFR. Su uso tuvo profundas consecuencias para los derechos de privacidad y protección de datos y, como demostró este caso, no existe un marco legal claro que rija su uso.

Las ONGs de libertades civiles y derechos humanos estaban preocupadas de que AFR se utilizara para la recopilación de inteligencia a nivel nacional, particularmente en torno a las protestas. **Los usos de las nuevas tecnologías de vigilancia en el Reino Unido a menudo no han ido acompañados de las garantías legales adecuadas. Durante casi cuatro décadas, el Tribunal de Derechos Humanos ha encontrado que la ley inglesa proporcionó garantías inadecuadas para los derechos de privacidad de las personas.**

Es por lo dicho en los párrafos precedentes que el Observatorio considera que la Sala I no tuvo en cuenta en el decisorio los peligros que la implementación de este tipo de sistemas acarrea; las fallas, el uso indebido, la estigmatización de grupos, son una muestra cabal de que **no alcanza con supeditar su funcionamiento al desarrollo de estudios que demuestren su seguridad. Ello, teniendo en cuenta que el código fuente y demás data sets se encuentran en manos de un privado y no del GCBA.**

El deber de prevención establecido en el C.C.C.N.

El deber de prevención es una de las innovaciones más trascendentales que el Código Civil y Comercial ha incorporado a nuestra normativa. Toda vez que, la mejor manera de reparar un daño, es que el daño no se produzca, los estudiosos de la materia afirman: “...*La moderna doctrina teniendo en cuenta la falacia de la posibilidad real y concreta de la reparación del daño, es que desarrolló la teoría del Derecho de Daños, donde una de las bases fundamentales es la anticipación al daño*” [v. <http://www.saij.gob.ar/waldo-augusto-sobrino-deber-prevencion-art-1710-codigo-civil-comercial-su-aplicacion-seguros-dacf170272-2017-06-23/123456789-0abc-defg2720-71fcanirtcod?&o=10&f=Total%7CFecha/2017%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20comercial%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=22> - lo destacado me pertenece]

La incorporación normativa del deber de prevención en el C.C.C.N. en sus artículos 1710 a 1713, **ha importado el reconocimiento legislativo de la función preventiva en el Derecho de Daños**, al costado o quizás por encima de su función clásica resarcitoria. Si bien dicho deber preventivo (el daño debe ser evitado), se materializaba en el principio de

prevención y el mismo podía deducirse del régimen legal argentino (arts. 43 y 19 C.N.), resultó un avance sustantivo que la nueva legislación civil y comercial expresamente lo reconociera y lo plasmará en una norma jurídica (v. art. 1710 C.C.C.N.) [v. Marcellino, Leonardo. “*El deber de prevención en el C.C.C.N*” - Universidad Nacional de La Plata 2017 - el destacado me pertenece].

Al respecto la CSJN ha dicho que, “... ***cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro*** (Fallos: 329:2316). En ese sentido, la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades no significa una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana...” [v. CSJN - “Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria amana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo” - 02/03/2016 - lo destacado me pertenece]. Es cierto que en el fallo mencionado precedentemente, el tribunal cimero circunscribe la cuestión a casos de índole ambiental, pero es asimilable tal razonamiento en la causa de marras, en atención a que aquí también hay un bienes colectivos que tutelar (la seguridad, la privacidad y la igualdad - no dicriminación).

Ahora bien, el art. 1710 del CCCN establece el deber de prevenir el daño de la siguiente manera: “...***Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo*** [...] Por otro lado, el art. 1712 del CCCN en cuanto a los sujetos legitimados para reclamar establece: “... quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño”.

Por otra parte, sobre el tema de la responsabilidad que tiene el estado, **el Dr. Carlos Balbin, afirmó que, frente al vacío legal que se presenta sobre esta cuestión en la Ciudad, el operador jurídico** cuenta básicamente con tres caminos. **Puede aplicar directamente el Código Civil** en la inteligencia de que se trata de un derecho común; postura plasmada, por ejemplo, en el precedente “*Filcrosa*” de la CSJN. También es posible recurrir a ese ordenamiento por analogía; o bien aplicar analógicamente la ley federal N° 26.944.

Consideró luego las diferencias que presentaban estas alternativas desde la perspectiva de la interpretación jurídica y sostuvo que al resolver casos de responsabilidad pública, es necesario reformular los institutos del derecho civil a partir de los principios del derecho administrativo. En ese sentido, resaltó que al definir la responsabilidad estatal debe tomarse en consideración la necesidad de redistribuir recursos para revertir las desigualdades estructurales [v. <https://ijudicial.gob.ar/2019/balbin-analiza-la-ley-de-responsabilidad-del-estado-a-cinco-anos-de-su-sancion>].

Ahora bien, sin perjuicio de lo antes señalado, la sentencia aquí recurrida adentrarse en el estudio del elemento riesgoso que el SRFP supone para el espacio público. Más aún, al momento de tomar su decisión, VV.EE, no han ponderado el especial deber de prevención de daño que regula los supuestos de responsabilidad en nuestro ordenamiento civil y que, en definitiva, resultan un elemento dirimente para el análisis de la cuestión traída a debate en autos.

II. 2. IMPACTO DESPROPORCIONADO EN GRUPOS:

Los jueces consideraron que, “...para que la limitación del derecho resulte constitucional además de ser razonable y proporcionada, debe respetar el principio de igualdad en igualdad de condiciones y, en caso de fijarse un trato diferente, la distinción debe ser razonable...”.

Asimismo, VV.EE, sostuvieron en la decisión aquí recurrida que, “... Es necesario tener presente que “[e]l principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional -y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias- debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 de la CN y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional que incorporan, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinean categorías sospechosas de discriminación, con el fin de garantizar la igualdad real de los habitantes” (CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, CSJ 001870/2014/CS001, sentencia del 12 de diciembre de 2017, Fallos: 340:1795). Asimismo, corresponde destacar que —de acuerdo con la doctrina de la Corte— “[...] todo tratamiento

arbitrario, que tenga por objeto o por resultado, impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio en los términos del primer párrafo del artículo 1 de la ley citada” (CSJN, “Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ Despido”, CSJ 000754/2016/RH001, sentencia del 10 de junio de 2021, Fallos: 344:1336, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite). Cabe reiterar que el régimen legal in totum regulatorio del funcionamiento del SRFP previó múltiples controles a cargo de diferentes autoridades. Es decir, se impuso un mayor contralor en virtud de la trascendencia de los derechos sobre los que dicha herramienta opera (vgr. privacidad, intimidad, protección de datos). En ese contexto, la certificación de si el mecanismo impugnado produce o no una vulneración del principio de igualdad (en otras palabras, si brinda respuestas discriminatorias basadas en categorías sospechosas o no) resulta esencial para determinar si el SRFP resulta constitucional o inconstitucional”.

Sin embargo, más allá de las deficiencias arquitectónicas e **insalvables** en este tipo de tecnologías, de conformidad con el estado actual de la ciencia, el decisorio ha limitado su imperio a ordenar la constitución de los órganos de control que, valga recordar, debieran haber sido puestos en funcionamiento hace años de conformidad con la normativa vigente.

Ahora bien, en la misma resolución, enunciaron que, “... *el SRFP constituido ha sido atado a una serie de controles tendientes a garantizar su funcionamiento acorde a las normas constitucionales que protegen los derechos personales de los individuos que transitan por la Ciudad...*”.

A contrario sensu, de resuelto por los magistrados, sostenemos que, “...***La igualdad se instala en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía. En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización [...] En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio [...] en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos interesa determinar cuál es en el sistema jurídico constitucional el parámetro***

para maximizar su tutela”. [v. Cayuso, Susana G., “Constitución de la Nación Argentina: Claves para el estudio inicial de la norma fundamental”, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 106. — lo destacado me pertenece]

En la misma línea, resulta imperioso recordar que, los expertos que analizan el ámbito internacional en cuanto al concepto de “grupo” tienen dicho que, “...*grupo social se caracteriza por lazos de identificación identitaria y colectiva –tales como una historia, lenguaje, tradición o experiencia común, entre otros–, un agrupado es el resultado del empleo de algún factor clasificatorio convencional. En alguna medida puede decirse que mientras un grupo refleja una experiencia colectiva de carácter social, el agrupado sólo se debe a una clasificación intelectual o legal, y carece de un referente empírico colectivo. Así, por ejemplo, Young considera ejemplos de grupos sociales a las mujeres, a las personas con discapacidad, a los miembros de minorías raciales, nacionales o lingüísticas, a las personas adultas mayores, etcétera. Por lo contrario, serían ejemplos de agrupados convencionales los propietarios de automóviles con matrícula terminada en número par, los sujetos exentos del impuesto a las rentas, los usuarios de medios de transporte públicos, etcétera*” [cfr. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación” de Christian Courtis Comisión Internacional de Juristas Ginebra - el destacado me pertenece].

Asimismo, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “... *los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias*”. [cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 104 - el destacado me pertenece].

El término “discriminación” se relaciona con las expresiones o afectaciones discriminatorias. Se trata de la promoción de situaciones injuriantes, agravantes o reforzadoras de estereotipos negativos referidos a un determinado grupo social y basadas sobre un factor sospechoso o prohibido. Además, pueden existir prácticas vejatorias u ofensivas para un grupo social, en las que la afectación de un bien –como la integridad física, la dignidad o la propiedad– se ve agravada por el particular valor cultural o simbólico que

representa para ese grupo o comunidad [v. “*Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación*” de Christian Courtis].

No obstante, la sentencia, reposando sobre la imposible tarea de los organismos de control, evita adentrarse en el estudio de los elementos arquitectónicos del srfp que posibilitarian, ante la existencia de hechos de sobrada idoneidad comprobados a lo largo de la causa, determinar a ciencia cierta el grado de discriminación resultante de esta política pública y, en consencuencia, de conformidad con lo normado por la ley anti discriminación (Ley N° 23.592), tener a la nulificación de tal accionar.

Es por ello que, “...*La igualdad, como derecho público subjetivo ejercitable ante los jueces y tribunales ordinarios, conlleva la alegación de una discriminación. Ésta implica una desigualdad que puede tener su origen en un hecho, en la diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente, o finalmente en la aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Se puede decir que estamos ante una desigualdad ante la ley cuando ésta, ante dos supuestos de hecho idénticos, trata de forma distinta, sin ninguna justificación, a diferentes sujetos...*” [v. Cámara Villar, Gregorio, “*Principio de igualdad y derechos individuales*”, en Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2017, V. II, p. 93.].

La reforma constitucional de 1994 incorporó una nueva concepción de la igualdad, fundada en una mirada estructural respecto de la situación de inequidad de grupos históricamente sometidos. Entonces, la concepción de no sometimiento debe complementar la de no discriminación [v. Saba, Roberto, “*Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2016, pp. 80 y 81.].

Sentado lo anterior, **resulta dable hablar de un elemento con idoneidad suficiente como para plantear la existencia de un caso discriminatorio**, a modo de ejemplo, la ciencia nos brinda las herramientas fortalecedoras de nuestra postura, a saber: la investigadora del laboratorio perteneciente al Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT por sus siglas en inglés) —Joy Buolamwini— colocó una máscara de color blanco en su rostro para que pueda ser identificado por la tecnología de reconocimiento. Comprobó que esos sistemas tienen menor precisión para identificar rostros de piel oscura y/o de mujeres.

Por último, es oportuno considerar que, en un exceso de rigorismo formal, la Cámara sentenció lo siguiente: “...**que la parte actora no petitionó la declaración de inconstitucionalidad de las excepciones a la necesidad de dar consentimiento que la Ley N° 1.845 establece** (...) la mención que dicha parte efectuó con relación a la ausencia de un análisis sobre la tensión que se generaba entre el consentimiento que los regímenes protectorios para el tratamiento de datos personales de carácter sensible y las correspondientes excepciones que obran en el artículo 7, inciso 4 de la Ley N° 1.845 (CABA) y en el artículo 5, inciso 2, apartado “b” de la Ley N° 25.326 **no contienen un desarrollo suficiente y adecuado que justifique declarar inconstitucional las excepciones al consentimiento en virtud de los fines sobre los que se asienta**”[el destacado me pertenece].

En la misma línea, escribió “...*resulta precoz la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 6.339, circunstancia que conduce a rechazar el agravio de la parte actora referido a la falta de proporcionalidad de la medida impugnada (SRFP)*”.

En respuesta a los reproducido precedentemente, ésta parte para revertir lo sentenciado evoca los lineamientos que el Tribunal Címero dejó en claro en cuanto al deber que tienen los jueces de examinar las leyes en los casos concretos que se llevan a su ponderación. Ello, en virtud de que, **siempre debe comparar las normas impugnadas con la Constitución, para identificar si guardan o no conformidad con ésta, y, a su vez, los magistrados deben abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella.**

Entendemos que en la sentencia que nos convoca, los camaristas siguieron los lineamientos de la Corte Suprema —en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe realizarse de ultima ratio—, pero contrariamente a lo fundado por la Corte en su vasta jurisprudencia, la declaración de inconstitucionalidad debe realizarse cuando exista repugnancia de la ley inferior sea manifiesta en comparación con la norma calificada de suprema, toda vez que la incompatibilidad será considerada inconciliable.

Para brindarle sustento a la ingeniería señalada, recordemos la tendencia de la Corte en sus decisorios: “...**si bien los jueces no pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley en abstracto, es decir fuera de una causa concreta sometida a su juzgamiento, de ello no se desprende que necesariamente la parte interesada deba requerir en forma expresa el**

control de constitucionalidad, ya que éste constituye una cuestión de derecho, ínsita en la facultad de los jueces que se resume en el antiguo adagio romano iura novit curia y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución. Este principio, por el que se le concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, incluye el deber de mantener la jerarquía normativa de nuestro orden jurídico, de allí que una sentencia que aplique normas inconstitucionales se subleva en contra de aquélla... [cfr. CSJN. Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa. 27/09/2001 — el destacado y subrayado me pertenece].

Una década después —y con otra composición— la Corte Suprema tomó los estándares señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "*Mazzeo vs. Argentina*", "*Almonacid Arellano vs. Chile*" y "*Caso trabajadores del Congreso vs. Perú*" y sostuvo que "[l]a jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que **los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa - formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango**".

Asimismo, entendió que "*...cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera. Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control*" [cfr.

CSJN, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios* – 27/11/2012 —los destacados me pertenecen].

Finalizando el apartado, **ODIA estima imperioso que los jueces de la Cámara consideren que, sólo basta con ver la implementación de sistemas que captan datos biométricos en otros países, para advertir que dicha inteligencia discrimina *per se* a grupos históricamente sesgados.** Asimismo, el término “escrutinio estricto” refiere a un test de revisión judicial respecto a determinadas leyes que se consideran inconstitucionales por limitar un determinado derecho fundamental, es por ello que, **resulta determinante solicitar un análisis más riguroso de las normas cuestionadas, en virtud de que las probanzas al día de la fecha dan cuenta de la precariedad con que el SRFP ha sido implementado en la CABA.**

II. 3. APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

La Cámara escribió: “*...la parte actora no logró demostrar que el cabal ejercicio de los contralores normativamente impuestos sobre el SRFP no resultará eficaz para resguardar los derechos personales cuya vulneración sustenta en el uso de este dispositivo ...*”[el destacado me pertenece].

En otra parte del resolutorio (y con respecto al CELS) dijo: “*...Uno de los actores (CELS) criticó el SRFP con sustento en que era discriminatorio y, por ende, atentaba contra el derecho a la igualdad. Argumentó que ‘[...] la precisión de los software de reconocimiento facial var[iaba] 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’. En particular, mencionó el caso de las mujeres y las personas de tez oscura, grupos que ya de por sí se hallaban en situación de vulnerabilidad. Refirió la existencia de numerosos estudios especializados que —según sus dichos— habrían constatado dicha aseveración. Esta afirmación no se encuentra debidamente avalada. No obstante, es dable observar (v. prueba testimonial) que cierta información respecto del funcionamiento técnico del sistema no fue develada en esta causa. Se desconoce entonces si —como adujo el recurrente— es cierto que el mecanismo no responde de igual manera frente a determinadas características*

personales (género, raza, color). Es necesario tener presente que '[e]l principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional -y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias- debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 de la CN y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional que incorporan, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinean categorías sospechosas de discriminación, con el fin de garantizar la igualdad real de los habitantes' (CSJN, "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo", CSJ 001870/204/CS001, sentencia del 12 de diciembre de 2017, Fallos: 340:1795). Asimismo, *corresponde destacar que —de acuerdo con la doctrina de la Corte— '[...] todo tratamiento arbitrario, que tenga por objeto o por resultado, impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio en los términos del primer párrafo del artículo 1 de la ley citada'* (CSJN, "Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ Despido", CSJ 000754/2016/RH001, sentencia del 10 de junio de 2021, Fallos: 344:1336, del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite)."

Sentado lo anterior, es imperioso remarcar que el fallo "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo" bien señalado por la Cámara, también establece que, "...esta perspectiva de la igualdad conlleva 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.

En este enfoque tradicional, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, *cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial* (doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6° y sus citas).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta perspectiva al caracterizar al derecho a la igualdad y no discriminación como un derecho humano que se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación (Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 79 y 124).

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras”.

En la misma línea, la respetable comunidad académica que ha desarrollado el tema, tiene escrito que el juicio estricto de igualdad se aplica para analizar la intervención de dichos factores.

Las categorías más usualmente identificadas como sospechosas, como la raza, la nacionalidad, el sexo o las ideas políticas o religiosas, se corresponden con características de las personas que no parecen ser relevantes para ninguna distinción o diferencia que el Estado desee hacer para lograr ningún propósito legítimo. Cuando están en juego dichas categorías, la carga de la prueba se invierte, se presume la ilegitimidad de estas medidas y, consecuentemente, de ser aceptadas, deberán tener carácter de imperiosas. [v. Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, pág. 729.].

El Dr. Guillermo F. Treacy en su trabajo “*Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*” tiene dicho que, “..el principio de razonabilidad permite hallar un límite a cierto tipo de argumentaciones que, sobre la base de que las personas son desiguales en alguna característica, intentan, por esa sola razón, justificar diferencias de trato entre ellas. El análisis de mera razonabilidad –una de las formas que puede asumir el análisis de razonabilidad– parece estar vinculado a este concepto de igualdad formal, al menos en

cuanto a que, debido a la deferencia al criterio del legislador, muchas veces llevaba a justificar la distinción efectuada. Sin embargo, **la Corte ha ido elaborando pautas de análisis algo más exigentes, para establecer que determinadas categorías resultan incompatibles con la vigencia igualitaria de los derechos.** En general, se ha tratado de discriminaciones de iure, esto es, explícitamente consagradas en las normas, ya que a criterio del Alto Tribunal, la desigualdad debe provenir del texto mismo de la ley, y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir (Fallos 294:87; entre otros)” [el destacado me pertenece].

Además, en la misma redacción el autor menciona que, “...**La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido desarrollando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es el derecho de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características...**” [el destacado me pertenece].

Tal vez en el fallo “*Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*” es donde aparecen con mayor nitidez los alcances de este tipo de análisis. Como hemos visto, las normas infraconstitucionales que distinguen entre nacionales y extranjeros o entre ciudadanos nativos (o por opción) y naturalizados, están afectadas por una presunción de inconstitucionalidad, a menos que la parte interesada en defender su validez constitucional proporcione una “*justificación suficiente*”.

Lo antes mencionado, deriva en la interpretación de que la argumentación deba realizarse en tres pasos:

- a) la existencia de fines sustanciales (y no meramente convenientes);
- b) la existencia de medios que promueven efectivamente esos fines;
- c) la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego.

Los tres puntos señalados, nos lleva a concluir de forma temprana que, GCBA ha omitido satisfacer la carga argumental que se les imponía por la naturaleza del caso.

La doctrina también entiende —a nuestro parecer, aplicada al caso algo benevolente— que, tal vez sea posible interpretar que la locución fines sustanciales es equivalente a la de interés estatal urgente (o insoslayable) que se empleó en algunos

precedentes como “*Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad de normas legales*” (8/11/1988). A partir de ciertas consideraciones efectuadas por la Corte, puede considerarse fines sustanciales: el ejercicio de la jurisdicción (como en “*Evelyn Patrizia Gottschau c/ Consejo de la Magistratura*” - 08/08/2006), la promoción de políticas antidiscriminatorias (“*Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento -Distrito Capital Federal*” - 17 /03/ 2009) o el interés superior del Estado en la educación (in re “*Repetto*”).

En suscitadas cuentas, para determinar si el fin es sustancial o meramente conveniente será una cuestión a evaluar en concreto. De todos modos su mera enunciación revela las diferencias con el tipo de análisis que exigía el examen de mera razonabilidad: el examen no se satisface con una simple apariencia de que el medio guarda alguna relación con el fin perseguido. Por otro lado, la evaluación de medios alternativos es en principio ajena al análisis de mera razonabilidad. Lo cierto es que este tipo de análisis conlleva una exigencia muy difícil de levantar por parte del Estado (o de quien sostenga la constitucionalidad de la norma). [v. Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011 Treacy, Guillermo F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, ps. 181-216].

Por otra parte, la materia laboral fue la elegida por la Corte para dejar explícita su postura respecto a la aplicabilidad del principio de la carga dinámica de la prueba. El máximo tribunal al dictar sentencia en la causa “***Pellicori, Liliana S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal***” (v. CSJN, 15/11/2011), en el pronunciamiento sobre diversos aspectos de índole constitucional relativos a la carga de la prueba en los que se controvierte el carácter discriminatorio de un acto. En la mencionada causa, el Tribunal cimero señaló en primer lugar, que los derechos esenciales de la persona humana cuentan en la Argentina con las garantías indispensables para su existencia y plenitud, recayendo en cabeza de los jueces su aseguramiento.

Dicha pronunciamiento esboza “...corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 —2009—, y otros). Corpus este que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se **proyecta decididamente sobre la ley**

23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto” [el destacado me pertenece].

Además, se desprende “ ...En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de **un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto estos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional** (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; PIDESC, arts. 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, esp. arts. 2, 3 y 5 a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2º)” [el destacado me pertenece].

A riesgo de sonar reiterativo, la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más común es que la discriminación como tal sea una acción más bien presunta que patente o indenfiable rápidamente, y es difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y la información y **los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de la veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación (el que la comete).**

En la causa que aquí convoca, es el GCBA quien cuenta con la ventaja probatoria de demostrar que el sistema no esgrime peligrosidad alguna, sólo bastaría con exhibir el contrato con el que fue adquirido y el código fuente empleado. Ello, en atención a que no fue ODIA quien realizó tal adquisición sino el gobierno de la CABA con un privado.

La corte mantuvo y de alguna manera amplió el criterio adoptado por ella en la causa “*Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.*” (07/12/2010) donde las pautas probatorias que asentaba no sólo asistían a las presuntas víctimas de discriminación, sino que también tendían a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto pueda generar en otras víctimas en trance de decidir si acudirán o no en demanda de justicia; y que dichas cuestiones combatían a la impunidad. También es importante cuando la CSJN dice: “...**con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico...**” [el destacado me pertenece].

En el año 2014, en la causa “*Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo*”, la corte dejó sin efecto la sentencia apelada al considerar que el tribunal a quo no había respetado los criterios establecidos en la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación, **aplicó el estándar que había elaborado en el precedente “Pellicori”**.

Además, el Tribunal cimero indicó que “...**si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia...**”.

Cabe advertir que, en el fallo mencionado ambas partes son particulares (es decir, no hay presencia estatal) pero, la Corte estableció que si la parte actora acredita la existencia de hechos que permitan presumir el carácter discriminatorio del acto, la práctica realizada deberá ser calificada como discriminatoria y corresponderá a la parte demandada (en nuestro caso el GCBA) la prueba de su inexistencia.

Sentado ello, resulta menester aclarar que cuando el fallo “*Sisnero*” refiere que para la parte que invoca un acto discriminatorio (en la causa SRFP sería ODIA y el CELS) es suficiente con “**la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para**

inducir su existencia”, su lectura debe interpretarse como la carga de aportar ciertos elementos de prueba que favorezcan a concluir –y no mediante prueba directa, palpable y manifiesta- el acto discriminatorio.

Para finalizar, atendiendo a que, en la presente causa, los jueces de alzada debieron realizar un examen más riguroso, toda vez que ellos mismos reconocieron la intervención de grupos que son susceptibles de ser vulnerados, lo que da sobrada cuenta de la idoneidad de los hechos por nuestra parte denunciados en cuanto a la problemática de sesgos en el uso de estos sistemas. De tal modo, siguiendo con la doctrina procesal de la carga dinámica, **corresponde al GCBA aportar prueba que demuestre de modo palmario la inexistencia de un funcionamiento discriminatorio en el sistema que ha implementado.** Sin embargo, a casi 3 años del inicio de las presentes actuaciones, al día de la fecha la accionada continúa evadiendo toda entrega de información que posibilite analizar los elementos estructurales del SRFP.

II. 4. ARBITRARIEDAD DEL RESOLUTORIO: SENTENCIA DE CUMPLIMIENTO IMPOSIBLE :

En principio, corresponde dejar en claro que, por código fuente se entiende a todo texto legible por un ser humano y redactado en un lenguaje de programación determinado. El objetivo del código fuente es crear normas y disposiciones claras para el ordenador y que este sea capaz de traducirlas a su propio lenguaje.

Estudiosos de la materia han sido categóricos al decir “...*El código fuente es el conjunto de líneas de texto que expresan, en un lenguaje de programación determinado, los pasos que debe seguir el computador para la ejecución de un software específico. Para ser ejecutado por el ordenador, debe ser traducido a lenguaje binario de modo que el hardware puede ejecutar esas órdenes. El resultado de esta traducción, la cual se realiza a través de compiladores o intérpretes o programas similares, se denomina código objeto...*” [v. Tomás Francisco Pomar, “Acceso a la información pública y software Hacia la plena publicidad de los códigos fuente empleados por el estado”, Revista de pensamiento penal, 16-03-2022].

Hay cientos de lenguajes de programación diferentes y no se puede decir por sí mismos que unos sean mejores que otros, pues esto dependerá del contexto del proyecto y de la aplicación para la que se use el código fuente.

Tras el texto fuente de un programa se esconde mucho trabajo y creatividad, de ahí que esté protegido por los derechos de autor. Como en cualquier otro tipo de propiedad intelectual, no está permitido difundir o plagiar el código de un tercero sin autorización, lo que se aplica sobre todo al llamado software propietario.

Es más, el autor de referencia, hace realiza la siguiente interpretación: “...*Tal vez, se podría intentar trazar un paralelismo entre la partitura de una música y la obra sonora con el código fuente y el efectivo funcionamiento del software (en el sentido de que el compositor no está obligado a proporcionar una partitura a todo aquel que compre una reproducción de su obra). Sin embargo, cualquier músico con el entrenamiento suficiente podría -de solo oír la música- transcribirla a una partitura, cosa que no sucede en el caso del software. Por otra parte, otra diferencia fundamental es que el usuario interactúa con el software de una manera mucho más activa y de un modo completamente diferente a como un oyente lo hace con la música...*”.

Ahora bien, el acceso al código fuente permite, entre otras cosas, comprender cómo el software fue diseñado y cuáles son las reglas introducidas por el desarrollador para su funcionamiento. La no publicidad del código fuente es una característica propia de las licencias de tipo privativo. Su modelo se basa en limitar los derechos del usuario al mínimo posible, por lo que todas las actualizaciones y modificaciones estarán a cargo del desarrollador quien frecuentemente, cobrará por ellas.

El término código abierto fue introducido en el año 1998 por Eric S. Raymond, Bruce Pernees y otros programadores que participaban en el desarrollo de software libre. La propuesta tuvo como objetivo proponer una alternativa software libre, con el fin de hacerlo más atractivo al entorno empresarial. El sistema de código abierto tiene criterios menos estrictos que los del software libre. Es decir, todo software libre podría considerarse de código abierto. Pero, del modo contrario, no todo el software de código abierto es software libre, dado que hay algunas excepciones.

Las licencias de software constituyen autorizaciones contractuales toda vez que las mismas establecen un acuerdo entre las partes, en la que una desarrolladora/proveedora autoriza el uso de un sistema en favor de una tercera persona, al tiempo que establece las facultades de este adquirente. Salvo algunas excepciones, la parte desarrolladora es quien previamente estipula de forma unilateral los términos y condiciones contenidos por la licencia

a aplicar al sistema informático por parte del adquirente. Tal potestad en cabeza del proveedor/desarrollador se ve posibilitada en nuestro país por la adopción de un modelo de protección autoral para las obras de software desde la última década del siglo pasado [v. <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2023/04/ADC-Dossier-Consejo-De-La-Magistratura-2023.pdf> - pag. 176/177].

En relación a ello, en materia de acceso a la información pública, el estado cuenta con el resguardo del art. 8 de la ley 27.275, donde se prevé varias excepciones a la obligación estatal de brindar la información pública que se le requiriese. Tal es el caso del inc. c) por ser el que puede resultar probablemente el más relacionado con el objeto de esta causa para evitar brindar información relativa al software: “*Secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado*”.

Del mismo modo, en el ámbito local, podemos referir lo ocurrido en la solicitud de información efectuada por el Observatorio de Derecho Informático Argentino (O.D.I.A.) ante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en relación con el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos implementado. Entre otras cuestiones, se le requirió al gobierno de la CABA que proporcione el código fuente del sistema implementado -del cual se conjeturaban varios tipos de fallas-. Ello, toda vez que era sabido que estos sistemas -inclusive los más desarrollados del mundo- reconocían con mayor precisión personas de determinados grupos étnicos. Por ende, un sistema de vigilancia pública que utilizara una ingeniería semejante implicaba una clara violación al principio de no discriminación.

Por otra parte, en ocasiones, identificaba erróneamente a una persona, lo cual implicaba que la misma sea demorada hasta tanto su identidad era comprobada. Se habían registrado varios casos de personas que habían pasado demoradas varios días hasta que fueron finalmente liberadas. Además, el GCBA no había efectuado un análisis de impacto sobre los datos personales ni sometido la cuestión a un previo y debido debate público. **La respuesta del GCBA había consistido en que no contaba con esta información, dado que era un secreto comercial de la empresa que desarrolló el software, el cual se encontraba protegido por las leyes de copyright. Es decir que el GCBA argumentó que: a) ni siquiera sabe cómo fue diseñado el sistema que contrato; b) no puede hacer público el código fuente porque se trata de un secreto comercial de la empresa al cual no tiene acceso, en virtud de las leyes de protección de los derechos de autor.**

Lo expuesto precedentemente, nos posiciona nuevamente en la sentencia de cámara cuestionada por esta parte, toda vez que no se toma cabal dimensión de las implicancias que puede tener el desconocimiento del código fuente y los datos utilizados para el entrenamiento y reentrenamiento del algoritmo del reconocimiento facial empleado.

La cuestión es compleja ya que se encuentran involucrados derechos como la privacidad, la no discriminación y la protección de los datos personales, de manera colectiva. **La falta de acceso al código fuente no permite entender cómo fue diseñado el sistema y si pone en riesgo estos derechos de la ciudadanía (tanto en cuestiones de seguridad como de problemas derivados de un trato discriminatorio o desigual).**

En la mayoría de los países donde se implementó el sistema de reconocimiento facial, la cuestión fue previamente debatida por la sociedad y se llevaron a cabo estudios de impacto de privacidad -cosa que no ocurrió en la CABA-. La delicada naturaleza de los derechos en juego y la gran potencia de estos sistemas exigía que sean examinados con mayor detenimiento: la publicidad del código permitiría constatar que el funcionamiento del programa sea adecuado y eficaz para los fines para los cuales fue diseñado. Posibilitaría descubrir tanto errores como desviaciones indebidas de sus funciones que lesionarían gravemente los derechos de los ciudadanos.

La publicidad de los códigos fuente y de los elementos arquitectónicos del sistema de todos aquellos programas informáticos implementados por el Estado que impliquen un impacto en los derechos de los particulares es esencial para el pleno ejercicio de la ciudadanía y el funcionamiento de un sistema republicano de gobierno.

En este caso particular, no puede saberse cómo ha sido diseñado el sistema, si presenta algún grado de discriminación en relacionado a características, étnicas, sexuales o raciales, con los que funciona, si se encuentra previsto algún tipo de reporte de vulnerabilidades para casos en que sea hackeada la información que consta en la base de datos, entre otras varias de gran sensibilidad por encontrarse los derechos de la ciudadanía en juego. Por ello, cuando los magistrados afirman: *“...corresponde ordenar que 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 queda sujeto 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” [el destacado me pertenece] **es de imposible cumplimiento, porque implicaría que el GCBA le solicite a un privado el código fuente** y este se escude -nuevamente- en la seguridad industrial y/o derecho de autor, la Cámara estaría propiciando que el GCBA vulnere el derecho del privado a su resguardo y trabajo creativo.*

Es por las razones expuestas que la sentencia es teñida de arbitrariedad, ya que en la misma no se expresan razones coordinadas y consecuentes, sino por el contrario se contradicen entre sí.

Es sabido que, **la arbitrariedad aparece configurada, cuando en forma ostensible surge del resolutorio que se ha incurrido en un error de derecho en la apreciación de la prueba, como consecuencia de no haberla hecho de conformidad a lo establecido por el ordenamiento jurídico**, y sin tener en cuenta la lógica formal, que obliga a formular el silogismo sentencia con ajuste a los principios de identidad, de no contradicción, y "razón suficiente" [v. <http://www.saij.gob.ar/tribunal-superior-justicia-local-rioja-riojana-ccisa-casacion-fa93320031-1993-11-29/123456789-130-0233-9ots-eupmocsollaf?#>].

Finalmente, **resulta necesario señalar la arbitrariedad implícita en el resolutorio de la sentencia aquí recurrida**. Esto toda vez que, aún siguiendo su razonamiento, **la manda contenida por el resolutorio - específicamente en lo que a la auditoría del sistema refiera- resulta algo de imposible cumplimiento al no poder contar ninguna de las partes** (ni el gcba en carácter de adquirente ni los órganos auditores en cumplimiento de su especial misión de control público) **de los elementos estructurales -data sets, código fuente, arquitectura de sistema, etc - que hacen al funcionamiento del SRFP en el espacio público**.

Más aún, la sentencia, aún a pesar de su profundo razonamiento, omite todo estudio de la problemática derivada del uso de sistemas de software de este tipo, de software privativo con código fuente secretos, en el espacio público.

III. MANTIENE RESERVA DEL CASO FEDERAL

En virtud de requerir la presente demanda la interpretación de normas de carácter constitucional, hacemos en legal tiempo y forma expresa reserva de accionar por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme Art. 14 de la Ley N° 48, en el supuesto de no hacerse lugar a nuestra petición.

IV. PETITORIO

I. Tenga por presentado, en legal tiempo y forma, este recurso de inconstitucionalidad;

II. Declare admisible el recurso interpuesto;

III. Se haga lugar a nuestra pretensión y se deje sin efecto la resolución aquí recurrida. Consecuentemente, se dicte una resolución conforme a derecho, declarando la inconstitucionalidad de la Ley N° 6.339 —que modificó la Ley N° 5.688 en los artículos 478, 480, 480, 484, 490; e incorporó los artículos 480 bis y 490 bis.

IV. Se tenga presente la reserva del caso federal.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.



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: INTERPONE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

FIRMADO ELECTRONICAMENTE 15/05/2023 10:45:40

OTERO MATIAS DANIEL - CUIL 20-34098950-4