



Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía de Cámara CAyT B

**"OBSERVATORIO DE DERECHO INFORMATICO
ARGENTINO O.D.I.A. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO -
OTROS"**

**Expediente 182908/2020-0 - Cámara de Apelaciones CAyT Sala I
Fiscalía de Cámara CAyT B**

Dictamen N° 207-2021

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 de marzo de 2021

Señores Jueces:

I. Llegan los autos en vista a esta Fiscalía con motivo del recurso de apelación interpuesto por la actora (actuación N° 26706/2021) contra la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2020, mediante la cual la jueza de grado Ana Paola Cabezas Cescato rechazó *in limine* la acción de amparo interpuesta (actuación N° 16861418/2020).

II. En cuanto a la admisibilidad formal del recurso, observo que ha sido interpuesto y fundado en debido tiempo y forma (ver fechas de notificación -29/12/2020; conforme cédula electrónica N° 64270/2020- y de interposición del recurso -01/02/2021-).

III. El Observatorio de Derecho Informático Argentino (en adelante, ODIA) interpuso demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución N° 398/MJYSGC/19 y de la Ley 6339, en tanto modificó los arts. 478, 480, 480 bis 483, 484, 490 y 490 bis de la Ley 5688 .

Señaló que mediante dichas normas se implementó un sistema de reconocimiento facial de prófugos, sin haberse realizado una previa evaluación de impacto en la privacidad de los ciudadanos. Explicó que dicho sistema, de inteligencia artificial, recaba información biométrica de la totalidad de las personas, y al comparar ciertos patrones con alguna información que provenga de la base de datos de la Consulta

Nacional de Rebeldías y Capturas (en adelante, CONARC) lanza una alerta.

Adujo que el sistema ostenta varias falencias e irregularidades y que es propenso a crear falsos positivos, lo que implica una efectividad por debajo del 50%.

Expresó que tal sistema “(...) *se encuentra tomando e identificando la totalidad de los datos biométricos de quienes transitan bajo el lente de las cámaras de identificación biométricas devenidas en identificadoras de prófugos de la justicia (...)*” (fojas 24 de la demanda), sin su consentimiento, lo que genera un daño irreparable en la sociedad toda, afectando los derechos a la privacidad e intimidad de la ciudadanía en su conjunto. Agregó que también se hallan lesionados los derechos de reunión, protección de datos personales y a la no discriminación.

Precisó que los intereses involucrados se tratan de derechos de incidencia colectiva referentes a derechos individuales homogéneos, y que la sentencia a dictarse debería tener efectos *erga omnes*, de conformidad con lo manifestado por el Máximo Tribunal en el precedente “Halabi”.

Como dije, en fecha 29/12/2020, la magistrada *a quo* rechazó *in limine* la acción de amparo promovida.

Para así decidir, argumentó que la acción no buscaba la protección de derechos difusos, sino que involucraba la tutela de derechos subjetivos individuales, cuya protección era exclusiva de sus titulares mediante acciones individuales, o colectivas promovidas por el colectivo de personas afectadas o por asociaciones que las representaran. Puntualizó que ninguno de estos supuestos se daba en el *sub examine*, en los que la actora invocó la protección de los derechos de la sociedad toda.

Por otro lado, destacó que en autos se perseguía la declaración de invalidez de normas de carácter general, con efecto *erga omnes*, sin que se cuestionara ningún acto particular de ejecución de aquellas. En ese sentido, expresó que se pretendía un pronunciamiento judicial en abstracto acerca de la adecuación legal y constitucional de la mentada

normativa, lo que no alcanzaba a configurar un caso o controversia en los términos del art. 106 de la CCABA. En esa línea, sostuvo que no se advertía la presencia de una particular y concreta colisión de derechos, ni se podía visualizar su amenaza sin caer en el campo de lo hipotético. Remarcó que ello surgía evidente incluso de las manifestaciones de la propia actora, “ (...) *quien reconoció que al no haber el GCBA efectuado la EIP [evaluación de impacto a la privacidad] a la fecha, ‘...no era posible determinar el impacto y la posible afectación a los datos personales y otros derechos humanos básicos de los ciudadanos de la CABA por parte del sistema implementado’ (...)*” .

En este marco, apuntó que el test de legalidad y constitucionalidad que pretendía la actora podía eventualmente ser canalizado por la acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad.

Contra dicha decisión se alza la actora, quien se agravia por entender que: a) el daño es actual, real e inminente dado que el Sistema de Reconocimiento de Prófugos se ha comenzado a implementar, demostrando graves falencias y afectando el derecho de los ciudadanos que circulan donde aquel se encuentra operando; b) la demanda no persigue un pronunciamiento en abstracto sino en concreto; c) en el caso se debaten derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, conforme las pautas brindadas por el Máximo Tribunal en el precedente “Halabi”, lo que sustenta la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad con alcance *erga omnes* (expandido y general), prescindiendo de la noción de daño particular; d) la asociación actora se encuentra legalmente registrada para ejercer acciones judiciales con carácter colectivo, y su finalidad es llevar adelante actividades tendientes al adecuado ejercicio de la ciudadanía y promover la defensa de los derechos constitucionales que se deriven del uso de las nuevas tecnologías; y e) el precedente “Halabi” amplió el concepto de “caso” judicial.

IV. Así encuadrada la cuestión sometida a estudio, estimo pertinente efectuar una serie de consideraciones.

A. En primer término, cabe recordar que en el precedente “Halabi

Ernesto c/ PEN –Ley 25. Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16986” (sentencia del 24/02/2009), el Máximo Tribunal delineó tres categorías de derechos: derechos sobre bienes jurídicos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En cuanto a este último tipo de derechos, se establecieron cuáles son los recaudos elementales que hacen a la viabilidad de las acciones colectivas que se promuevan en su defensa: i) precisa identificación del grupo o colectivo afectado; ii) idoneidad de quien pretenda asumir su representación; y iii) existencia de un planteo que involucre, por sobre aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Tales requisitos fueron receptados en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, aprobado por la Acordada n° 12/16.

Así, para la procedencia de este tipo de acciones se requiere, siempre y necesariamente, la identificación de una clase. No basta con que existan razones jurídicas para la agregación de procesos, sino que se debe determinar el conjunto homogéneo de personas afectadas.

Al respecto, señala Lorenzetti que *“(…) siempre puede afirmarse que un hecho afecta a toda una población o que la inconstitucionalidad de una ley tiene consecuencias para todo el país, pero para que la agregación sea posible y útil, debe existir una cantidad de sujetos identificables. Por ejemplo, en ‘Halabi’ se trató de un problema de inconstitucionalidad de una ley, pero la clase estaba acotada: los abogados y los usuarios de los servicios de telefonía. Hay casos en los que la clase es tan grande e indeterminada que es imposible e inconveniente su formación (...)”* (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, págs. 129/130).

Es que de no distinguirse un grupo común, puede correrse el riesgo de incurrir en una superposición de clases, o de incluirse en un colectivo a categorías que pueden tener intereses contradictorios.

En ese marco, observo que el recurrente no logra desvirtuar lo afirmado por la magistrada *a quo* en cuanto a que no se cumplen los requisitos de procedencia de la acción de clase promovida.

Nótese que el elemento de identificación de los sujetos que comprenden la clase, de un modo pasible de ser determinado, no se encuentra presente en el caso. Por el contrario, y tal como observa la sentenciante, la actora invoca en su escrito de inicio que con la presente acción procura la tutela jurisdiccional de los derechos de toda la sociedad, que el ODIA se encuentra legitimado para entablar la acción en nombre de *“toda la sociedad en su conjunto”* (página 3 de la demanda), que las normas cuestionadas generan un daño irreparable *“en la sociedad toda”* (página 24) y a la *“ciudadanía en su conjunto”* (página 25). Dicha línea es sostenida en la expresión de agravios, en donde se alude a *“(…) todos los Ciudadanos que circulan por debajo de las Cámaras del Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugos (…)”* (página 5 del escrito de apelación).

Es decir, la actora no logra identificar un grupo homogéneo. Tampoco resulta posible tener por acreditado que dicho sistema implique el registro de datos biométricos de la totalidad de los habitantes de la Ciudad, ni puede afirmarse que su funcionamiento, *prima facie*, conlleve una afectación de los derechos de cada uno de los ciudadanos.

En este contexto, y ante la falta de delimitación de la clase, la acción de amparo resulta inadmisibile en el modo en que ha sido propuesta.

B. Asimismo, la recurrente tampoco logra rebatir lo afirmado por la jueza actuante con relación a que en el caso se cuestiona la Resolución N° 398/MJYSGC/19, la Ley N° 6339 y los arts. 480 bis y 490 bis de la Ley N° 5688 en abstracto, sin invocar un daño actual, cierto y concreto.

Tal como detalló la jueza de grado, la propia actora manifestó que *“(…) a la fecha, no es posible determinar el impacto y la posible afectación a los datos personales y otros derechos humanos básicos de los ciudadanos de la CABA, por parte del sistema implementado.”* (página 6 de la demanda). A su vez, y como expresó mi colega por ante la primera instancia, ODIA sostuvo que *“(…) la conducta dañosa recae en un marco potencial (…)”* (página 27).

Dichas manifestaciones, como las concernientes a un eventual ataque

del sistema o posibles problemas de seguridad informática o venta de la base de datos (página 44 de la demanda), demuestran lo conjetural del planteo, cuyo carácter hipotético tampoco se desvirtúa en el escrito de apelación.

Nótese que el recurrente insiste en que la gravedad del asunto recae en la necesidad del cuidado de los datos personales (página 22 de la apelación), pero sin dar mayores precisiones respecto de una actual y concreta desprotección de tales datos biométricos.

Paralelamente, repite que la propia implementación de este Sistema de Reconocimiento de Prófugos provoca de por sí un daño cierto y real a todos los ciudadanos (página 22) pero omite especificar en qué consiste esa lesión y su relación con los derechos invocados en el escrito de inicio: a la privacidad e intimidad, de reunión, protección de datos personales y a la no discriminación. Lejos de ello, aduce que el sistema se trata de una “(...) amenaza de una lesión futura causalmente previsible (...)” (página 29 de apelación), lo que constituye una afirmación dogmática que, sin apoyarse en circunstancias fácticas que la respalden, no hace más que confirmar la naturaleza incierta del perjuicio.

En consecuencia, y toda vez que no se advierte que la implementación del sistema cuestionado implique por su mera puesta en funcionamiento, un automático menoscabo en los derechos individuales de los miembros de la sociedad, la acción incoada deviene inadmisibile.

C. Por otro lado, cabe reparar en lo argumentado por la recurrente en cuanto a que, tratándose de una acción de tutela de intereses colectivos referido a derechos individuales homogéneos, “(...) la legitimación es amplia y prescinde de la noción de daño particular (...) no se requiere la acreditación de sujeto particular afectado.” (página 31 de la apelación).

Al respecto, debe tenerse en consideración que ello no se condice con lo estipulado en el precedente “Halabi”, del cual surge que en esos supuestos “(...) no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una

causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. (...) El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.”

De la cita efectuada surge, entonces, que las acciones en defensa de derechos de incidencia colectiva referentes a derechos individuales homogéneos no prescinden de la noción de daño particular. El hecho de que la pretensión deba concentrarse en los efectos comunes y no en los individuales no elimina la exigencia de que la pluralidad de los sujetos –integrantes de la clase homogénea- vean afectados sus derechos –por el mismo hecho-.

Coincidentemente con ello, la doctrina explica que en esos casos “(...) la afección es individual, la legitimación es individual, pero el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión.” (Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit., pág. 19).

En ese marco, lo sostenido por ODIA en cuanto a que no es necesaria la acreditación de un daño particular carece de sustento.

D. En línea con las ideas que vengo desarrollando, no cabe sino concluir que, en rigor, lo que persigue la demanda promovida es la declaración de inconstitucionalidad en abstracto de ciertas normas de carácter general, con efecto *erga omnes*, con prescindencia de la identificación de un perjuicio actual, cierto y concreto, en virtud de lo cual no puede tenerse configurado en el *sub lite* un caso judicial.

Resulta menester recordar que tanto el art. 43 CN como el 14 CCABA y el art. 1 de la Ley N° 2145 disponen que la acción de amparo tiende a hacer cesar un acto u omisión que lesione derechos individuales o colectivos. Así, el mero cuestionamiento normativo, sin la identificación de un daño cierto y concreto, no basta para configurar un caso judicial susceptible de ser ventilado mediante la acción impetrada.

Sobre el punto, la recurrente esgrime que en el precedente “Halabi” el Máximo Tribunal amplió el concepto de “caso” y, en consecuencia, la

acción promovida resulta procedente.

Sin embargo, dicho agravio debe rechazarse sin más a poco que se repare en que en dicho pronunciamiento se aclaró expresamente que para la procedencia formal de las acciones de tutela de las tres categorías de derechos -individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos- , “(...) la comprobación de la existencia de un ‘caso’ es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7º; 311:2580, considerando 3º; y 326: 3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.” (considerando 9).

E. En consonancia con ello, y dado Eos términos de la pretensión -declaración de inconstitucionalidad en abstracto de ciertas normas de carácter general, con efecto *erga omnes*-, coincido con lo expuesto por la magistrada de grado en cuanto a que la vía idónea para ventilar la cuestión es la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113 inc. 2 de la CCABA, argumento frente al cual la recurrente ha guardado silencio.

Tal como expuse en los autos “*Rachid María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*” (Expte. N° 45722/2, dictamen de fecha 18/06/2013), la declaración de inconstitucionalidad en el marco del control difuso es el fundamento sobre cuya base el juez puede eludir la aplicación de la norma que reputa contraria a la constitución, pero no puede derogarla, esto es, no puede separar la norma del orden jurídico, puesto que no es propio de los jueces de mérito en la CCABA privar de efecto *erga omnes* a las normas generales, sino que, en todo caso, lo sería del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, y con el efecto del art. 113 inc. 2 de dicho cuerpo normativo, esto es, para el futuro y de no mediar -en el supuesto de que se trate de leyes- insistencia de la Legislatura, con mayoría calificada (“*GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Lapatovski, Susana y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. n° 7470/2010, sentencia del 6 de abril de 2011, voto del juez Luis F.

Lozano).

Es que, tal como se ha expresado, y sin perjuicio de algunas posibles coexistencias, el amparo como proceso constitucional requiere ser especialmente diferenciado de la acción declarativa de inconstitucionalidad local: *“El amparo no opera en defensa de la mera legalidad. La ilegalidad y el daño (sea éste actual o inminente) son requeridos aunque el amparo se funde exclusivamente en la inconstitucionalidad de los actos u omisiones cuestionados. Por intermedio de la acción de amparo se intenta poner fin a una situación que ilegítimamente provoca un daño a un particular, a una clase de personas o a la comunidad, según el caso, mediante una sentencia de condena. Por su parte, en la acción declarativa de inconstitucionalidad sólo se verifica en abstracto la conformidad de una norma con la Constitución nacional y/o local, sin que pueda exigirse como recaudo de admisibilidad la existencia de un perjuicio”* (Díaz Mariana, *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, págs.. 154/155).

En el mismo sentido, y más específicamente en lo que respecta a los amparos colectivos, se ha dicho que *“[e]l amparo colectivo sólo puede importar el ejercicio del control difuso, mientras que la acción declarativa de inconstitucionalidad es el vehículo para realizar un control concentrado, con efecto erga omnes. De este modo, en la acción declarativa sólo se enjuician normas de carácter general, mientras que el amparo colectivo queda reservado para cuestionar otras conductas estatales no normativas, siempre que importen la afectación de derechos o intereses colectivos. Por consiguiente, si una pretensión de carácter colectivo importa la declaración de inconstitucionalidad de una norma general y tal declaración –para proporcionar un efecto útil al litigante– debe proyectarse a la generalidad de los habitantes, el amparo colectivo no será la vía idónea. Sin perjuicio de ello, el derecho del litigante a la tutela judicial efectiva queda asegurado, en la medida en que dispone de la acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior para deducir esa pretensión.”*

(Treacy, Guillermo F., *Amparo colectivo y control de constitucionalidad: Algunas proposiciones a partir del principio de democracia participativa*, en *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2008, págs. 297/298).

V. En base a las consideraciones, y sin perjuicio del criterio restrictivo

que sistemáticamente viene sosteniendo este equipo fiscal con relación al rechazo *in limine* de la acción de amparo (ver autos “*Blanco Laura Adriana c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ Amparo*”, Expte. N° 45840/0, dictamen del 04/01/2021; “*Martin Amanada y otros c/ GCBA s/ Amparo*”, Expte. N° 6121/0, dictamen del 15/09/2020 y “*Asses Mauricio Jorge c/ Colegio de Corredores Inmobiliarios de CABA s/ Amparo*”, Expte. N° 4900/2019, dictamen del 25/11/2019, entre otros), en atención a que la vía escogida resulta inadmisibile, opino que correspondería desestimarse el recurso de apelación interpuesto y confirmarse la sentencia en crisis en cuanto rechazó *in limine* la acción de amparo promovida.

DICTAMEN N°

-Equipo Fiscal “B” CCAYT.



NIDIA KARINA CICERO
FISCAL DE CAMARA
kcicero@fiscalias.gob.ar
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.
25/03/2021 00:27:24