

Acceso a la información pública y software

Hacia la plena publicidad de los códigos fuente empleados por el estado

Tomás Francisco Pomar ¹

SUMARIO: I.- Software privativo y software libre; II.-El derecho al acceso a la información pública; III.- Código abierto como garantía del derecho a la información; IV.- Apéndice bibliográfico.

RESUMEN: El presente trabajo aborda las problemáticas inherentes al uso de tecnologías por parte de los organismos públicos en su intermediación con la ciudadanía. A estos fines, abordará el encuadramiento legal del software, para luego enfocar sus esfuerzos en sustentar la tesis de que las consecuencias derivadas del derecho a la información pública, así como de los principios internacionales en materia de transparencia y no discriminación, conforman un deber jurídico para la compra de software de código abierto por parte del Estado.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la información pública – Participación Ciudadana – Contrataciones Públicas – Licencias de Software – Secreto Industrial – Transparencia Activa – DD.HH y Tecnología – Datos Personales – Discriminación Algorítmica

¹ Abogado especialista en Derecho Informático. Docente adjunto de la asignatura "Justicia Digital" en la Universidad de Buenos Aires.

I.- Software privativo y software libre

I.A El software como obra

El funcionamiento de las computadoras es altamente abstracto y complejo. Tan poco intuitivos se muestran los tipos de operaciones que se desarrollan en el interior de un ordenador que otorgan a todo el proceso un halo cercano a lo mágico. Solo un porcentaje muy pequeño de la población puede comprender el modo en que lo que vemos en la pantalla se traduce a un sistema binario ejecutado mediante el uso de energía eléctrica a través de transistores y demás elementos electrónicos. Esta observación puede parecer obvia y trivial pero, sin embargo, el gran impacto que tiene la tecnología en la vida diaria y cotidiana de la ciudadanía en múltiples niveles vuelve necesario tenerla presente.

En lo que refiere a este estudio, nos basta con señalar que esos mecanismos complejos generan un lenguaje particular: el de la programación. Como todo lenguaje, implica posibilidades combinatorias infinitas y permite al hombre el acto de crear. Las obras producidas con este y ejecutadas en los ordenadores son los programas informáticos, que permiten la utilización final de la tecnología para fines determinados. Estos son básicamente un conjunto de instrucciones y reglas diseñadas por el hombre que gobiernan los procesos que pueden llevar a cabo las computadoras². Como creación humana, esta obra es susceptible de protección por parte de los sistemas de resguardo de los derechos intelectuales.

Inicialmente, el software se comercializaba junto con los equipos (hardware) y no existían maneras de realizar copias ni era posible su utilización fuera de su ordenador de modo generalizado, por lo que su protección jurídica se confundía con la del conjunto del bien comercializado y no había una preocupación específica por su resguardo legal.

² Cfr. IEEE Std 729-1993, IEEE Software Engineering Standard 729-1993: Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE Computer Society Press, 1993.

A finales de los años sesenta, se produjo la separación del comercio de software y hardware y se generaron los primeros soportes móviles para la distribución de los primeros. A partir de entonces y durante algún tiempo se presentó el problema de cuál era el sistema indicado para la protección jurídica del software.

En un primer momento, se entendió que era la patente la figura jurídica indicada. En este sentido lo consideró la jurisprudencia de los Estados Unidos a fines de los años sesenta y comienzo de los setenta. Una década más tarde, sin embargo, las legislaciones nacionales y los tratados internacionales comenzaron a rechazar el uso de esta figura para proteger el software.

En consecuencia, se propusieron dos alternativas principales: la creación de un sistema nuevo específico para software y la utilización del sistema de derechos de autor o copyright.

Del primero son ejemplos los trabajos de principios de los años setenta realizados la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que concluyeron en las Disposiciones Tipo sobre Protección de Software de 1978 y el Proyecto de Tratado Internacional sobre la Protección de Programas de Ordenador de 1983 y proyectos legislativos nacionales como, por ejemplo, el del Ministerio de Industria y Tecnología de Japón (MITI) de 1982 o el del Gobierno brasileño de 1984³.

Sin embargo, fue la segunda alternativa la que terminó por imponerse. Entre las razones que podemos encontrar para justificar la adopción de este sistema, cabe mencionar las siguientes: a) simplicidad; b) automatismo: el derecho nace de la sola creación de la obra; c) económica: la protección no implica grandes costos; d)

³ BAIN, Malcolm; GALLEGO RODRÍGUEZ, Manuel, MARTÍNEZ RIBAS, Manuel, RIUS SANJUÁN, Judit; *‘Aspectos legales y de explotación del software libre’*, Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya, 2004, pag. 52.

requiere simplemente originalidad (y no novedad, como en el caso de las patentes); e) la protección es de carácter internacional y la legislación se encuentra en grado avanzado de uniformidad en virtud de los tratados internacionales suscriptos por los Estados.

Entre los precedentes más tempranos de la adopción de este sistema para la protección de los programas informáticos hallamos la reforma realizada en 1976 de la Copyright Act de los Estados Unidos, mediante la cual se incluyó al software como objeto de resguardo.

Particularmente en nuestro país, en el año 1998 se sancionó la ley n° 25.036 que modificó la ley n° 11.723 e incorporó a los “*programas de computación fuente y objeto*” dentro de las obras protegidas por los derechos de autor⁴.

Como obra, los programas informáticos presentan características diferentes de aquellas para las que fueron pensadas las legislaciones de protección de derechos intelectuales y por ello, estas normativas debieron ir adaptándose en su implementación para el caso del software. Por otra parte, debe advertirse que las legislaciones anglosajonas y las europeas continentales (y las que se basen en uno u otro) regulan la materia de manera algo diferente. No ahondaremos aquí en esta cuestión, sino que sólo mencionaremos que las diferencias y las problemáticas pueden surgir -principal pero no exclusivamente- en torno a los derechos morales del autor sobre su obra (incluso después de haber transferido derechos económicos a un tercero) que sí se encuentran reconocidos en las legislaciones europeas pero no dentro del sistema copyright anglosajón respecto del software.

A continuación, abordaremos dos cuestiones de los derechos de propiedad intelectual relacionadas con los programas informáticos que resultan de relevancia

⁴ B.O.: 11/11/98. Sancionada el 14 de Octubre de 1998. La norma modifica los arts. 1°, 4, 9 y 57 e introduce el artículo 55 bis a la ley n° 11.723.

a los fines de este trabajo: la autoría y, fundamentalmente, el contenido de los derechos de autor. Ello, dado que -como se verá luego- tanto las licencias de uso de software privativas como las libres tienen como fundamento el contenido de los derechos de autor.

Con relación a la titularidad del derecho, cabe mencionar que se considera autor a la persona física (o jurídica en este caso, tal como se expondrá a continuación) que crea una obra y la propiedad le corresponde por el mero hecho de su creación original y no será necesario cumplir ningún tipo de formalidad ni requisito adicional; **la creación original implica la protección por derechos de autor**. No obstante, la inscripción de la misma en el Registro correspondiente facilitará la prueba de la autoría ante un eventual conflicto.

Casos particulares son los programas informáticos producidos por empleados en cumplimiento de las tareas asignadas, supuesto en el cual se atribuye la autoría al empleador, sea una persona física o jurídica en virtud de la reforma a la ley n° 11.723, introducida por la ley 25.036⁵. Otro supuesto es el de las obras creadas en virtud de un encargo, pero no dentro de una relación de empleo. Esta situación no se encuentra prevista específicamente en la ley de propiedad intelectual y dependerá en la mayoría de los casos de lo acordado por las partes. Entendemos que, ante la ausencia de previsión en cuanto a los derechos de autor, la titularidad de la misma deberá permanecer en cabeza del creador.

Por otra parte, podemos señalar los casos de las obras colaborativas y las colectivas de colaboración anónima. Las primeras son creaciones realizadas en conjunto donde no es posible separar los aportes de cada uno de los participantes

⁵ *“Incorpórase como inciso d) del artículo 4° de la ley 11.723 el siguiente texto: Artículo 4°:... d) Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario”.*

sin alterar la naturaleza de la obra⁶. En este caso, y salvo convenios especiales, los autores disfrutan iguales derechos. En el segundo supuesto la ley contempla que *“los colaboradores anónimos de una compilación colectiva, no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor”* (art. 16).

Estos últimos casos tendrán relevancia en los modelos de software libre, donde los usuarios contribuyen en la modificación del software, aportando novedades o mejorando lo existente.

En lo que respecta al contenido del derecho de autor, se distinguen dos grandes grupos dentro del sistema adoptado por la legislación argentina: los derechos morales y los patrimoniales.

Dentro de los derechos morales encontramos los siguientes: a decidir la divulgación de la obra; a determinar la forma de la divulgación (con su nombre, bajo seudónimo o anónimamente); al reconocimiento de su nombre y al respeto de su estatus de autor; a exigir el respeto a la integridad de su trabajo e impedir cualquier alteración que suponga una lesión a sus intereses o menoscabo a su reputación; modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros; a retirar la obra del comercio, por un cambio en sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación (derecho de arrepentimiento). Estos derechos se encuentran implícita o explícitamente previstos en el art. 2 de la ley n° 11.723. Son de carácter personal, irrenunciables, intransmisibles e inalienables, y algunos incluso perpetuos. Acompañan al autor durante toda su vida y en ocasiones también a sus herederos.

Por su parte, los derechos patrimoniales comprenden los de explotación de la obra que confieren a su titular la facultad de autorizar o prohibir determinados actos respecto de su creación, teniendo la posibilidad de cobrar una retribución por

⁶ La ley prevé expresamente que *“No se considera colaboración la mera pluralidad de autores, sino en el caso en que la propiedad no pueda dividirse sin alterar la naturaleza de la obra. En las composiciones musicales con palabras, la música y la letra se consideran como dos obras distintas”* (art. 17).

la autorización. Abarcan también los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Estos derechos son los mismos para cualquier obra, pero particularmente, para el software, se introdujo la siguiente modificación en la ley de propiedad intelectual: “*La explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluirá entre otras formas los contratos de licencia para su uso o reproducción*” (art. 55 bis).

Este breve desarrollo de la evolución que sufrió el software en cuanto a su posicionamiento dentro de los sistemas legales actuales nos permite visualizar la magnitud y extensión del poder que tiene el autor de un programa informático respecto de su obra debido a la gran fuerza protectora con la que cuenta en virtud de lo dispuesto por el ordenamiento legal. Es sobre estas potestades que se organiza el desarrollo económico de la informática. Sin embargo, no existe un único modelo: frente a uso privativo tradicional de las herramientas legales con las que cuenta el autor -en el sentido de hacer uso de ellas a los fines de proteger la exclusividad del disfrute de los beneficios reconocidos, maximizando sus derechos y minimizando, por ende, el de los usuarios- se propuso un sistema inverso y alternativo que dispuso de las mismas herramientas legales para garantizar la libertad del software. Ambos sistemas conviven en la actualidad siendo unos más empleados que otros en áreas determinadas.

Nos centraremos en las diferencias principales entre ambos y al mismo tiempo en las que resulten más relevantes a los fines de este trabajo: relacionar estos conceptos con el uso estatal de programas informáticos que tienen impacto en los derechos de la ciudadanía a la luz de garantías constitucionales tales como el derecho al acceso a la información pública.

I.B. Diferencias fundamentales

Hemos constatado que los ordenamientos legales establecen que el autor es el único que puede usar, modificar o distribuir el software y puede autorizar a

terceros el uso, su modificación o distribución. Al mismo tiempo, se puede sostener fácilmente que el propósito de quien desarrolla un software no consiste hacer un uso exclusivo del mismo sino que, normalmente, pretenderá su máxima difusión a terceros usuarios, ya sea por haberlo creado con fines de explotación económica o no.

Tanto en los modelos de software propietario como en los de software libre, **la licencia de uso** es la herramienta legal que más han empleado los desarrolladores a los fines de distribución.

En principio, la licencia de software es un contrato, dado que consiste en un acuerdo entre dos partes las dos partes: proveedor y usuario. Sin embargo, salvo casos excepcionales, el desarrollador es quien previamente estipula de forma unilateral los términos y condiciones de la licencia. De hecho, una de las acepciones del término licencia (especialmente en el derecho anglosajón) hace referencia a la autorización que el desarrollador concede a los usuarios para utilizar su software.

Las licencias de software tienen como objetivo -al igual que todo contrato- determinar los derechos y obligaciones de las partes. En el caso, lo principal es establecer aquello que el proveedor concede al usuario sobre el software (qué puede hacer con él), así como las limitaciones y prohibiciones que el usuario debe respetar (qué no puede hacer con el software). Además, las licencias regulan otros aspectos como: a) número de copias y/o licencias que se otorgan; b) las características técnicas que debe tener el ordenador en que se va a ejecutar; c) el modo de entrega e instalación; d) la duración de la licencia; e) el precio de la licencia (pago de una sola vez o pagos periódicos); f) el plazo de garantía; g) las responsabilidades y limitaciones de responsabilidad del licenciente; h) la ley aplicable y los tribunales competentes, en caso de litigio, entre otros.

Ahora bien, como hemos mencionado, frente al uso privativo de los derechos intelectuales respecto de los programas informáticos, se desarrolló un movimiento con otros objetivos y características, cuyo instrumento legal de distribución fue el mismo: las licencias de uso. Sin embargo, estas licencias tienen características completamente diferentes. **Mientras unas se utilizan para asegurar la exclusividad de la autoría y repeler cualquier acto que la pudiera atentar contra esta, las licencias de software libre procuran que nadie pueda erigirse como propietario y exigir la exclusividad del disfrute de los derechos de autor.**

Los modelos económicos del desarrollo de softwares distribuidos con este tipo de licencias es marcadamente diferente: en el software libre, o bien el autor no persigue obtener un beneficio económico o bien, lo intentará hacer a través de un modelo de negocio alternativo, como por ej. la prestación de servicios como por ejemplo tareas de actualización o mantenimiento.

En las **licencias privativas** solamente se concede al licenciatarario el uso del programa de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el contrato, cumpliendo con las instrucciones e indicaciones que figuren en los manuales de usuario. Asimismo, se encuentra prohibida su reproducción, su alquiler, préstamo o transmisión del software a terceros y se prevén muchas otras restricciones para el usuario, tales como por ej: no utilizarlo junto a programas maliciosos que puedan afectar al correcto funcionamiento del mismo, limitar su uso a los usuarios autorizados, no alterar, adaptar, modificar o transformar el software incluyendo la no realización de obras derivadas del mismo; etc⁷.

Por su parte, **las licencias de software libre**, establecen cláusulas totalmente diferentes. El promotor de este tipo de licencias fue Richard Stallman quien fundó

⁷ A los fines de encontrar un ejemplo de estos aspectos, léase la Licencia de Windows 10 en https://www.microsoft.com/en-us/Useterms/Retail/Windows/10/UseTerms_Retail_Windows_10_Spanish.htm

la Free Software Foundation en 1984, con el objetivo de conseguir fondos para el desarrollo y la protección del software libre.

Si bien este movimiento adoptó luego diferentes variantes, lo que unifica todos los modelos y tipos de licencias son las libertades que los desarrolladores desean que adquieran los usuarios.

Estas libertades se suelen clasificar del siguiente modo:

- Libertad 0: ejecutar y usar el software para cualquier propósito.
- Libertad 1: estudiar el programa y adaptarlo.
- Libertad 2: distribuir copias.
- Libertad 3: modificar el programa y liberar las modificaciones al público⁸.

Richard Stallman redactó a estos fines una licencia que llamó GPL (General Public Licence), la cual prevé términos de redistribución que no permiten a los redistribuidores -tanto de la obra original como de las modificaciones- incluir en su licencia cualquier tipo de restricción que no se encuentre presente en la licencia original. Esta condición particular, que se conoce como *copyleft*, establece la imposibilidad legal de capturar el software libre, modificarlo y privatizarlo. En palabras de R. Stalman, *“el copyleft es un método general para hacer un programa (u otro tipo de trabajo) libre, exigiendo que todas las versiones modificadas y extendidas del mismo sean también libres”*⁹.

I.C. Código fuente disponible para el usuario

Otra de las implicancias de la protección del software dentro del sistema de los derechos intelectuales que no hemos mencionado hasta el momento y que será **de fundamental importancia para este estudio** es que el autor de un software no se encuentra obligado a proporcionar el código fuente al usuario.

⁸ STALLMAN, Richard M. *“Software libre para una sociedad libre”*, ed. Traficantes de Sueños, Madrid 2004, pág. 45.

⁹ STALLMAN, Richard M. *“Software Libre GNU”*, ed. Utopía Pirata, 2018, pág. 25.

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**. Tal como sostiene Beatriz Buseniche *“Los programas en código fuente, escritos por programadores y comprensibles para otras personas que dominan la técnica, contienen una intención comunicativa subyacente y pueden existir, incluso, independientemente de la existencia de una máquina. El texto fuente de los programas tiene una capacidad expresiva, es el vehículo idóneo para comunicar algoritmos, soluciones a problemas, de la misma manera que un músico comunica a sus pares la composición mediante la escritura de partituras”*¹⁰

Es decir, **el código fuente es la obra** cuyo autor es el programador, protegida por los derechos de autor. Podemos advertir que esta es una diferencia fundamental con cualquier otra obra registrable dentro de este sistema: no es posible pensar en situaciones análogas respecto del texto de un libro, una pintura, una fotografía, etc. dado que en estos casos la obra protegida está exhibida¹¹.

Si el código fuente está disponible para el usuario, este podrá modificarlo y/o mejorarlo y/o adaptarlo a sus necesidades. Además, **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**

¹⁰ BUSANICHE, Beatriz, *“El dilema del copyright en el campo del software”*, Fundación Vía Libre, disponible en vialibre.org.ar.

¹¹ 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.

funcionamiento. Ahora bien, si no tenemos acceso al código “*solo podemos usar el programa, no podemos ver cómo está hecho o introducir mejoras. Un símil muy utilizado es el de la receta de cocina, en que el código fuente sería las instrucciones que permiten confeccionar un plato. Sin la receta solo se puede degustar el plato, pero no sabemos si, al añadir algo, vamos en contra de alguno de sus ingredientes, ya que se desconoce su composición y la proporción*”¹².

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. No es menor el hecho de que esta gran limitación de los derechos de los usuarios implica un alto grado de opacidad respecto del funcionamiento del software, en tanto, al desconocerse el modo en que fue programado, no puede tenerse certeza respecto del tipo de seguridad que utiliza ni del tipo de operaciones que realiza.

Es por ello que el proveedor del software propietario, como medio para asegurarse de que el usuario cumplirá con la prohibición de no modificarlo, se limita a entregar una copia del **código objeto** del software (es decir, la que permite ejecutarlo), pero no proporciona al usuario la versión una copia del **código fuente**, y que trata de preservar en secreto. Si bien existe una rama dentro de la ingeniería en informática que se dedica a estudiar y desarrollar procesos de traducción inversa (de código objeto a código fuente), se sostiene que no es posible realizar una traducción completamente satisfactoria. Por tanto, el proveedor de software entrega un versión que solamente puede ser ejecutada por el ordenador, es decir, ofrece una versión ‘encriptada’ mientras que su creación, que se encuentra protegida por los extensos derechos de autor, permanece oculta. Incluso, en las licencias de uso de tipo privativas, en las cuales se suele estipular que el usuario se

¹² CULEBRO JUAREZ, Montserrat, GOMEZ HERRERA, Wendy Guadalupe, TORRES SANCHEZ, Susana “*Software libre vs software propietario. Ventajas y desventajas*” Creative Commons, México, Mayo 2006, pág. 9

compromete a utilizar el software dentro del marco de los términos y condiciones que se indican en el contrato, es frecuente encontrar **cláusulas que prohíben expresamente la utilización de la ingeniería inversa**, a fin de traducir el código objeto a un código fuente entendible por el humano. Vemos como la introducción de los programas informáticos dentro del régimen de los derechos de autor plantea retos y lleva al límite el sistema. Nos parecería increíble que un autor escriba un libro, lo publique traducido a una lengua incomprensible, guarde celosamente la versión original y prohíba a los hombres traducirlo a una lengua natural.

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, quienes fundaron la Open Software Initiative. La propuesta del término open source (código abierto) tuvo como objetivo proponer una alternativa al free software (software libre), con el fin de hacerlo más atractivo al entorno empresarial. Free software, en el mundo anglosajón, creaba una situación ambivalente debido a la doble acepción que en inglés tiene el término free (que puede significar gratuito o libre). Las empresas, al menos en Estados Unidos, emplean principalmente el término código abierto para evitar dar a entender que el software libre es un recurso totalmente gratuito y para poner énfasis en el hecho de que el código fuente está disponible.

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. En este sentido, algunas licencias de código abierto son demasiado restrictivas, por lo que podrían ser consideradas licencias libres. Para citar un ejemplo, la licencia «Open Watcom» no permite hacer versiones modificadas y utilizarlas de forma privada. Por otra parte, cuando el código fuente de un programa no incluye una cláusula de copyleft, sus ejecutables pueden tener condiciones adicionales que no son libres.

Por último, *“muchos productos que contienen ordenadores verifican las firmas de sus programas ejecutables para impedir que los usuarios instalen ejecutables diferentes; solo una compañía tiene el privilegio de elaborar ejecutables que funcionen en el dispositivo y de acceder a todas las prestaciones del mismo. A estos dispositivos los llamamos «tiranos» y la práctica se denomina «tivoización», por referencia al producto (Tivo) en el que se utilizó por primera vez. Aun cuando el ejecutable esté hecho a partir de código fuente libre, y nominalmente tenga una licencia libre, los usuarios no pueden ejecutar versiones modificadas, de modo que el ejecutable no es de hecho libre»¹³.*

I.D. Tipos de Licencias

En la práctica, se presentan varias problemáticas que pueden ser resueltas de muchas maneras posibles. De esta combinatoria se desprenden numerosos tipos de licencias que se han ido desarrollando y han sido categorizadas, de acuerdo a si cumplen o no con determinados requisitos. Veremos a continuación algunas de las más importantes que se encuentran dentro de la categoría de software libre, a fin de ilustrar el universo legal en el campo de la distribución de software, con el objeto de demostrar que **las licencias de tipo privativas no son -ni por lejos- el único medio disponible mediante el cual se puede acceder a un programa informático.**

Como dijimos, la primera licencia de software libre la redactó Richard Stallman y fue la GPL (General Public Licence). Esta es la licencia modelo aprobada por la Free Software Foundation y en base a la cual se clasifican las demás. En el preámbulo de esta licencia, se expresa claramente que *“When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for this service if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs; and that you know you can do these things. To protect your rights, we need to make restrictions that forbid anyone to deny you these rights or to*

¹³ cf. <https://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>

ask you to surrender the rights. These restrictions translate to certain responsibilities for you if you distribute copies of the software, or if you modify it". Es decir, se hace hincapié sobre la libertad de uso y modificación del software, la cláusula de copyleft y la publicidad del código fuente.

Licencia

Descripción

Licencia Pública General de GNU (GPL) versión 3 Esta es la última versión de la GPL de GNU: una licencia de software libre con copyleft.

Licencia Pública General Reducida de GNU (LGPL) versión 3 Esta es la última versión de la GPL. Es una licencia de software libre, pero sin un sólido copyleft, ya que permite el enlace con módulos privativos. Es compatible con la GPLv3.

Licencia Pública General Affero de GNU (AGPL) versión 3 Licencia de software libre con copyleft. Sus términos son prácticamente los mismos de la GPLv3, con un párrafo adicional que permite a los usuarios que interactúan con el software bajo esta licencia en una red recibir la fuente de tal software

Licencia Apache, versión 2.0 Licencia de software libre compatible con la versión 3 de la GPL de GNU.

Licencia BSD Modificada	Esta es la licencia BSD original, modificada por la eliminación de la cláusula de publicidad. Es una licencia de software libre laxa, permisiva, sin copyleft, compatible con la GPL de GNU.
CeCILL, versión 2	La CeCILL es una licencia de software libre, explícitamente compatible con la GPL de GNU. Otorga a los desarrolladores del programa ciertas formas de cooperación con los usuarios, en caso que alguien ataque el programa con una patente. El desarrollador puede ver esto como un problema para él; sin embargo, si el desarrollador está seguro de que desea cooperar con los usuarios de dicha manera, entonces no lo verá como un problema.
Licencia eCos, versión 2.0	La licencia eCos versión 2.0 es compatible con la GPL. Consiste en la misma GPL más una excepción que permite el enlazado con software que no se encuentra bajo la GPL.
Licencia de Expat	Esta es una licencia de software libre laxa, permisiva, sin copyleft, compatible con la GPL de GNU.

Licencia FreeBSD	Esta es la licencia BSD original en la que se ha eliminado la cláusula de la publicidad. A veces se la denomina «2-clause BSD license» (licencia BSD de dos cláusulas). Es una licencia de software libre laxa, permisiva, sin copyleft, compatible con la GPL de GNU.
Freetype Project License	Esta es una licencia de software libre compatible con la GPLv3. Posee algunas características que la hacen incompatible con GPLv2.
Historical Permission Notice and Disclaimer	Esta es una licencia de software libre laxa, permisiva y débil, que es compatible con la GPL
Intel Open Source License	Esta es una licencia de software libre compatible con la GPL de GNU.
Licencia ISC	Esta licencia es a veces también conocida como licencia OpenBSD. Es una licencia de software libre y compatible con la GPL de GNU.

Licencia Pública de Mozilla (MPL), versión 2.0

Esta es una licencia de software libre. Presenta una compatibilidad indirecta con la versión 2.0 de la GPL de GNU, la versión 2.1 de la LGPL de GNU, la versión 3 de la AGPL de GNU y todas las versiones posteriores de estas licencias. Permite hacer una «obra más grande» que combine la obra bajo la MPL con otras que están bajo licencias de GNU. Autoriza a distribuir la obra cubierta por la MPL bajo los términos de las licencias de GNU, con una condición: debe asegurarse que los archivos, que originalmente estaban disponibles bajo la MPL, sigan estando disponibles bajo los términos de la MPL. El resultado final es una obra mayor, que como total, estará cubierta por la/s licencia/s de GNU.

La condición de distribuir archivos bajo los términos de la MPL solo se aplica a quien, en primer lugar, crea y distribuye la obra ampliada. Si se aplicase a quienes la reciben, sería una restricción adicional, incompatible con la GPL y AGPL.

Dominio Público

El dominio público no se refiere a tener una licencia; más bien, significa que el material no se encuentra bajo copyright y no es necesaria

ninguna licencia. Si una obra es de dominio público, puede a su vez tener una licencia de software libre totalmente permisiva sin copyleft. El material en dominio público es compatible con la GPL de GNU.

Unicode, Inc. License Agreement for Data Files and Software Es una licencia laxa, permisiva, compatible con todas las versiones de la GPL.

Licencia Universal Permisiva (UPL) Esta es una licencia de software libre laxa, permisiva, sin copyleft, compatible con la GPL de GNU. Esta licencia ofrece la posibilidad de conceder licencias sobre patentes junto con el software.

License of WebM La implementación del WebM de Google está cubierta por la Licencia BSD Modificada. Todas las licencias del WebM son libres y compatibles con GPL.

Licencia X11 Esta es una licencia de software libre laxa, permisiva, sin copyleft, compatible con la GPL de GNU.

Licencia Pública General Es una licencia de software libre con copyleft

Affero, versión 1	pero incompatible con la GPL de GNU
Academic Free License, todas las versiones hasta la 3.0	Es una licencia de software libre, sin copyleft e incompatible con la GPL de GNU. Las versiones recientes contienen ciertas cláusulas similares a las de la Open Software License, y deben evitarse por las mismas razones.
Licencia Apache, versión 1.1	Es una licencia de software libre permisiva, sin copyleft. Tiene algunos requisitos que la vuelven incompatible con la GPL de GNU, como fuertes prohibiciones en el uso de nombres relacionados con Apache.
Apple Public Source License (APSL), versión 2	Esta es una licencia de software libre incompatible con la GPL de GNU
Licencia BSD Original	A esta licencia también se la suele llamar «licencia BSD de 4 cláusulas». Esta es una licencia de software libre laxa, permisiva, sin copyleft, con una cláusula -llamada la “cláusula de publicidad” que la hace incompatible con la GPL.

Conor Public License

La Condor Public License es una licencia de software libre. Contiene algunos requisitos que la hacen incompatible con la GPL de GNU.

Estas son tan solo algunas de las licencias que podemos encontrar en el mercado del software libre, las cuales si bien tienen el mismo espíritu resuelven de manera diferente diversas de las cuestiones que se presentan. Dado que son múltiples las variables a regular, resulta importante analizar la licencia, a fin de determinar si el resultado final puede ser entendido como software libre. En lo que respecta a este trabajo, **esta enunciación -como se dijo- intenta mostrar el alto grado de plasticidad que puede tener el modo de distribución del software.** Ello, a fin de poner de relieve el hecho de que en el marco de la contratación de un software, el Estado no se encuentra limitado a efectuarla mediante licencias de tipo privativas.

II.- El derecho al acceso a la información pública

II.A. Conceptualización y fundamento normativo

El acceso a la información pública es un derecho esencial en toda sociedad democrática dado que permite el control de las actividades gubernamentales, facilita la participación ciudadana y fortalece el ejercicio de otros derechos¹⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, su fundamento normativo tiene origen constitucional en los arts. 1 y 14 de la Constitución Nacional y, asimismo, cuenta con expresa consagración tanto en la Convención Americana sobre Derechos

¹⁴ Asociación por los Derechos Civiles, *Un derecho débil: Investigación sobre el derecho de acceso a la información pública en la Argentina*, mayo de 2013

Humanos (art. 13) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. XIX), todos ellos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C. N.).

El art. 13, inc. 1° de la CADH expresa: *“Libertad de Pensamiento y de Expresión. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que este artículo incluye un derecho al acceso a información en poder del Estado y ha resaltado que *“las personas tienen el derecho de solicitar (...) documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado”* y, en general, cualquier tipo de *“información que se considera es de fuente pública o... de documentación gubernamental oficial”*¹⁵

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró el fundamento del derecho al acceso a la información pública en dicho artículo. En el caso *“Claude Reyes y otros vs. Chile”*¹⁶, señaló que *“el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a 'buscar' y a 'recibir' 'informaciones', protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal,*

¹⁵ CIDH, ‘Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002’, párr. 281.

¹⁶ CIDH, *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006.

salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla”.

Por otra parte, en el ámbito nacional, en el año 2003, se dictó el decreto n° 1172 en cuyo anexo n° 3 se dispuso el *‘Reglamento General Del Acceso A La Información Pública Para El Poder Ejecutivo Nacional’*.

Posteriormente, en el año 2016 se sancionó la ley n° 27.275 de Acceso a la Información Pública. La norma establece que este derecho consiste *“en la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7° de la presente ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma”*.

Asimismo, define que *“a los fines de la presente ley se entiende por:*

- a) Información pública: todo tipo de dato contenido en documentos de cualquier formato que los sujetos obligados enumerados en el artículo 7° de la presente ley generen, obtengan, transformen, controlen o custodien;*
- b) Documento: todo registro que haya sido generado, que sea controlado o que sea custodiado por los sujetos obligados enumerados en el artículo 7° de la presente ley, independientemente de su forma, soporte, origen, fecha de creación o carácter oficial”* (art. 3). Cabe señalar que la ley remarca el hecho de que la información puede estar contenida en cualquier tipo de formato o soporte.

Luego, en el art. 8, la ley prevé varias excepciones a la obligación estatal de brindar la información pública que se le requiriese. Citaremos aquí, solamente el inc. c) por ser el que puede resultar probablemente el más relacionado con el objeto de este trabajo y en el que podría ampararse el Estado 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”*. La parte final del artículo las excepciones estipuladas *“no*

serán aplicables en casos de graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad”.

La ley regula, además, otros aspectos generales, establece el procedimiento de solicitud y las vías de reclamo y crea la Agencia de Acceso de Información Pública determinando sus competencias, modo de elección de autoridades, entre otras.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto n° 79/2017 mediante el cual adaptó el decreto n° 1172/03 a las previsiones de la ley n° 27.275.

II.B. Jurisprudencia

En lo que respecta a la interpretación jurisprudencial de este instituto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido expresamente el derecho al acceso a la información pública como un derecho humano, estableciendo que el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en *“... el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información”*¹⁷.

De hecho, para la Corte Suprema de Justicia, **este derecho tiene profundas raíces en el sistema republicano de gobierno** plasmado en la Constitución Nacional. En este sentido, el Dr. Fayt en una causa de habeas data iniciada a fin de obtener información sobre el fallecimiento del hermano del actor expresó que *“existen claras diferencias entre la garantía del hábeas data y el planteo de autos, que no es otra cosa que el reclamo a los jueces -en tanto guardianes de las garantías individuales- para que hagan valer lo establecido en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional: esto es, el derecho a la información, que es preexistente a la incorporación del hábeas data en nuestra Ley Fundamental. Otra interpretación importaría aceptar que el reciente ingreso de este instituto habría incorporado*

¹⁷ CSJN, 04/12/2012, ‘Asociación Derechos Civiles el EN - PAMI - (dto.1172/03) s/ amparo ley 16.986’, Fallos: 335:2393

a la Constitución el derecho a la información sobre los asuntos públicos, cuando éste es inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno”¹⁸.

A través de sus pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia fue determinando el alcance de este instituto, estableciendo requisitos para que pueda tenerse por cumplida la obligación de brindar la información, en los casos en los que había sido tacha de insuficiente o cuando la administración se había negado a brindar la información requerida.

Por ejemplo, en una causa en la cual la actora requirió que se proporcionaran datos relativos a las transferencias en gastos corrientes realizadas por el Estado al sector privado en concepto de "*Ayuda social a las personas*" y "*Transferencias a Otras Instituciones Culturales y Sociales sin Fines de Lucro*" realizadas durante los años 2006 y 2007, la Corte analizó los agravios planteados respecto de los argumentos brindados por la administración para negarse a otorgar determinada información. El Tribunal realizó un exhaustivo análisis de los fundamentos esgrimidos por la demandada y concluyó que "*los motivos expuestos por el Estado Nacional para desestimar la solicitud que se le formulara no encuentran sustento normativo alguno sino que aparecen como meras excusas para obstruir el acceso a la información*".

En este precedente, la Corte se adentró en el análisis del conflicto que supone la solicitud de información pública con la protección de los datos personales, especialmente en lo relativo a la exigencia de un interés legítimo y el previo consentimiento del titular de los datos prevista en el art. 11 de la ley n° 25.326¹⁹. El Tribunal entendió que "*una interpretación que permita la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en el ordenamiento nacional en materia de datos personales y de acceso a la*

¹⁸ CSJN, 15/10/1998, '*Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.- s/ amparo ley 16.986*', Considerando 11 del voto del Dr. Fayt. Fallos: 321:2767

¹⁹ Art. 11. Inc. 1° "*Los datos personales objeto de tratamiento sólo pueden ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento del titular de los datos, al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario o los elementos que permitan hacerlo*".

información, lleva a sostener que las disposiciones del artículo 11 de la ley 25.326, en cuanto subordinan la cesión de esos datos a la existencia de un interés legítimo, **no alcanzan a aquellos supuestos relativos a información personal que forma parte de la gestión pública**” (el destacado es propio) y que “el hecho de que la información de registros públicos requerida involucre datos de terceros no aparece como una razón dirimente para exigir al solicitante un interés calificado”. Es decir, efectuó una ponderación de los derechos en juego **priorizando claramente el derecho a la información, y dando a las excepciones un carácter altamente restrictivo**: “la restricción contemplada en el precepto debe entenderse como un límite a la circulación de datos personales entre personas públicas o privadas que se dedican a su tratamiento, mas no parece posible extender sin más sus previsiones a supuestos de interés público como el planteado en autos, pues ello significaría desconocer, o cuanto menos obstaculizar, el pleno goce de un derecho humano reconocido tanto en nuestra Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales que la República Argentina ha suscripto”.

Cabe señalar que si bien este precedente es previo al dictado de la ley n° 27.275 contiene valiosas consideraciones en torno al instituto aquí estudiado, como la siguiente en torno a la extensión del derecho a la información: “...resulta indiscutible que para asegurar la publicidad de los actos de gobierno que caracteriza a un sistema republicano y garantizar el correlativo derecho a la información que asiste a la actora, no resulta suficiente con dar a conocer las normas que establecieron estos programas sociales, las partidas de presupuesto ejecutadas en ese marco o información estadísticamente cuantitativa relativa al número total de los beneficiarios. Por el contrario, **la publicidad debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general a todo lo que hace a su instrumentación particular ya que solo así es posible prevenir en forma efectiva la configuración de nichos de impunidad**”²⁰ (el destacado me pertenece).

²⁰ CSJN, 26/03/2014 ‘CIPPEC e/ EN MO Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986’, fallos: 337:256

Por otra parte, el fallo estableció que no se requiere acreditar ningún tipo de legitimación o interés particular a fin de solicitar información pública. Con anterioridad a la sanción de la ley n° 27.275, que contiene un artículo que se ocupa específicamente de regular quienes están habilitados para requerir información pública²¹, se encontraba discutida la cuestión y en ocasiones, la administración se negaba a brindar lo requerido argumentando que no se había acreditado algún tipo de legitimación. Efectuando un raconto de normas y jurisprudencia de carácter supranacional y nacional, la Corte concluyó que *“Que como puede advertirse, en materia de acceso a la información pública existe un importante consenso normativo y jurisprudencial en cuanto a que la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente. En efecto, se trata de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina y, en consecuencia, la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar la solicitud. De poco serviría el establecimiento de políticas de transparencia y garantías en materia de información pública si luego se dificulta el acceso a ella mediante la implementación de trabas de índole meramente formal”* (el destacado es propio).

Lo decidido en este caso fue receptado en varios precedentes posteriores, por lo que podemos sostener que se trata de una doctrina consolidada de la Corte Suprema de Justicia (fallos 344:344; 342:208; 339:827; 338:1258, entre otros).

Posteriormente, la Corte volvió a expresarse respecto de la tensión existente entre el derecho a la información y la protección de los datos personales en un caso donde se había solicitado a la AFIP información relacionada con el nombramiento de una persona en este organismo, como así también respecto de los cargos y

²¹ Art. 4 *“Legitimación activa. Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado”*. Si bien el decreto 1174 contenía una cláusula similar, la administración con frecuencia alegaba una falta de interés legítimo o derecho subjetivo para negar la información.

funciones que había desempeñado y el Estado de un sumario administrativo que se le había iniciado en el año 2010 por presunto contrabando. Frente a la negativa del organismo a brindar la información, se judicializó la cuestión que llegó al Tribunal vía recurso extraordinario federal²².

La Corte expresó que *“el hecho de que la información requerida por el actor involucre datos de un tercero no aparece como una razón dirimente para exigirle la demostración de un interés calificado como sostiene la recurrente”* y concluyó que *“en tanto la información que se solicita a uno de los sujetos comprendidos en el decreto 1172/03 no se refiera al origen racial y étnico de terceros, sus opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, su afiliación sindical o se trate de información referente a la salud o a la vida sexual, su divulgación no conculca el derecho a su intimidad ni se afecta su honor y, en consecuencia, no existen razones para que los sujetos obligados nieguen el acceso a ella”*.

Podemos referir otro precedente importante relativo al instituto bajo examen, en el cual la Corte analizó el derecho a información en el marco de una contienda que tuvo como origen un pedido realizado a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, con el fin de que se pusieran a disposición copias de los decretos dictados Poder Ejecutivo Nacional entre los años 1976 y 1983, por quienes se desempeñaron en aquel entonces como presidentes de facto²³. La negativa de la administración se basó en que los decretos tenían carácter reservado y en consecuencia, entendía de aplicación lo dispuesto por el artículo 16, inc. a, del Anexo VII, del decreto 1172/03, en cuanto preveía que el Poder Ejecutivo Nacional podía negarse a brindar la información requerida cuando se tratase de *“información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior”*.

²² CSJN, 21/07/2016, ‘Garrido, Carlos Manuel c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986’, fallos: 339:827.

²³ CSJN, 07/03/2019, ‘Savoia, Claudio Martín c/ EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986’, fallos: 342:208.

Sin embargo, con posterioridad a la sentencia de la Cámara de Apelaciones Federal, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto n° 2103/2012 mediante el cual se dispuso *“Déjase sin efecto el carácter secreto o reservado de los decretos y decisiones administrativas dictados por el PODER- EJECUTIVO NACIONAL y por el JEFE DE GABINETE DE MINISTROS, respectivamente, con anterioridad a la vigencia de la presente medida, con excepción de aquellos que, a la fecha, ameriten mantener dicha clasificación de seguridad por razones de defensa nacional, seguridad interior o política exterior; y los relacionados con el conflicto bélico del Atlántico Sur y cualquier otro conflicto de carácter interestatal”*. Asimismo, dispuso que con carácter previo a la publicación de las normas se efectuara un relevamiento de los decretos y decisiones administrativas clasificadas como secretas o reservadas.

La Corte resolvió el caso teniendo en cuenta las nuevas circunstancias y en primer lugar, comprobó que si bien la mayoría de las normas habían sido publicadas, aún restaban decretos sin revelar que permanecían clasificados como "secretos". Por ello, consideró que el agravio de la parte actora permanecía intacto, en tanto la administración continuaba sin dar la información requerida y tampoco había ofrecido una nueva contestación formal y fundada que justificara el rechazo del pedido con respecto a los textos normativos que seguían sin publicarse.

Así encuadrada la cuestión, el Tribunal recordó que en materia de derecho a la información rige el **principio de máxima divulgación** *"el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones, pues el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas"*.

Asimismo, entendió que *“... la carga de la prueba de la legitimidad de la restricción corresponde al Estado”* y que *“...cuando se deniega una solicitud de información debe hacerse mediante una decisión escrita, debidamente fundamentada, que permita conocer cuáles*

son los motivos y normas en que se basa para no entregar la información en el caso concreto". En cuanto a las exigencias que debe tener la justificación estatal para no brindar la información pública requerida estableció que ***"No es útil, en tal aspecto, la genérica y dogmática invocación del artículo 16, inciso a, del Anexo VII del decreto 1172/2003, en cuanto prevé como excepción a la obligación de proporcionar acceso a la información cuando esta hubiera sido 'expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior'"*** y que ***"convalidar, sin más, una respuesta de esa vaguedad significaría dejar librada la garantía del acceso a la información al arbitrio discrecional del obligado y reduciría la actividad del magistrado a conformar, sin ninguna posibilidad de revisión, el obrar lesivo que es llamado a reparar"*** (los destacados de las citas de este párrafo me pertenecen).

En virtud de estas consideraciones, hizo lugar al recurso extraordinario y ordenó devolver las actuaciones al tribunal de alzada para que completara el pronunciamiento, definiendo los alcances del objeto de la condena la cual debía contemplar las condiciones que el Estado debía observar en caso de que rechazara la solicitud de acceso a la información realizada por la actora. En tal caso, la Corte ordenó que se tratase de *"una respuesta debidamente motivada en las normas vigentes, sujeta a control judicial, que sea suficiente para justificar una restricción razonable al derecho de acceso a la información en los precisos términos de las reglas recordadas en este fallo"*.

En otro reciente pronunciamiento, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en un conflicto suscitado a raíz de la solicitud efectuada por un contribuyente respecto de información específica y detallada sobre las medidas adoptadas por la AFIP en el trámite de una denuncia que el solicitante formuló contra otro contribuyente, al que atribuyó la comisión de un ilícito tributario. Ante la negativa de otorgar la información requerida, se inició un proceso judicial de amparo en el cual se hizo lugar parcialmente a lo peticionado por la parte actora y se ordenó a la AFIP proporcionar prácticamente la totalidad de la información solicitada (excluyó tres de los puntos peticionados). Ante esta decisión de la

Cámara de Apelaciones Federal, el organismo fiscal interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue concedido por mediar cuestión federal. La Corte se remitió al Dictamen de la Sra. Fiscal quien evaluó en primer lugar si la información solicitada podía ser calificada como pública y, posteriormente, si se encontraba comprendida dentro de alguno de los supuestos previstos en el decreto n° 1.172/03, para concluir que “...*la solicitud efectuada por el actor pretende indagar sobre la actividad realizada por el organismo recaudador en el marco de un procedimiento tributario. Al ser ello así, lo requerido reviste la naturaleza de información pública en los términos del anexo VII del decreto 1172/03, pues se relaciona con datos generados por un organismo público en ejercicio de su función administrativa es evidente que lo peticionado por el demandante permite el ejercicio de un adecuado control social sobre la celeridad y diligencia con que las autoridades competentes cumplen con las obligaciones que el ordenamiento les impone*”²⁴.

Por otra parte, resulta relevante recordar el pronunciamiento recaído en el caso ‘Giustiniani’²⁵, en el cual, la parte actora había solicitado a la sociedad del Estado YPF que se le entregara “*copia íntegra del acuerdo de proyecto de inversión que la sociedad había suscripto con Chevron Corporation para la explotación conjunta de hidrocarburos no convencionales en la Provincia del Neuquén*”. La negativa de YPF se basaba en que no se encontraba comprendida dentro de los sujetos contemplados en el decreto n° 1172/03 y que, en todo caso, la divulgación del contenido del acuerdo firmado podía comprometer secretos industriales, técnicos y científicos, por lo cual se aplicaría lo previsto en el art. 16, inc. c) del decreto citado. Por otra parte, la empresa alegó que el proceso se había llevado adelante sin la presencia de la compañía Chevron Corporation, y que dicha ausencia podría lesionar el derecho de esta de defensa en juicio.

²⁴ CSJN, 12/11/2020, ‘*Olivera, Gustavo Eduardo c/ EN – AFIP s/ amparo ley 16.986*’, fallos: 343:1663.

²⁵ CSJN, 10/11/2015 ‘*Giustiniani, Rubén Héctor c. Y.P.F, S.A. s. amparo por mora*’, fallos: 338:1258

La Corte, luego de determinar que la sociedad del Estado se encontraba dentro de los sujetos obligados a brindar información pública, analizó lo concerniente a la excepción invocada por la demanda. En primer lugar, retomando lo expuesto en el fallo ‘Claude Reyes’, expresó que *“No obstante ello, tales restricciones deben ser verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida. En efecto, el secreto solo puede justificarse para proteger un interés igualmente público, por lo tanto, la reserva solo resulta admisible para "asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (el destacado es propio). Luego, y toda vez que la demandada no había fundado su rechazo sino que simplemente alegó una de las causales de excepción previstas en la normativa entonces vigente, consideró que “los sujetos obligados solo pueden rechazar un requerimiento de información si exponen, describen y demuestran de manera detallada los elementos y las razones por las cuales su entrega resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido”.* Ello, toda vez que *“Convalidar, sin más, una respuesta de esa vaguedad significaría dejar librada la garantía del acceso a la información al arbitrio discrecional del obligado y reduciría la actividad del magistrado a conformar, sin ninguna posibilidad de revisión, el obrar lesivo que es llamado a reparar”* (el destacado es propio).

Además, la Corte entiende que *“resulta plenamente aplicable al caso la regla establecida en el artículo 377 del Código Procesal civil y Comercial de la Nación, conforme a la cual corresponde a la parte probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocase como fundamento de su defensa o excepción”.*

De los precedentes examinados en este acápite, podemos proponer las siguientes conclusiones:

- La controversia en torno al cumplimiento o interpretación del derecho al acceso a la información pública es una **cuestión federal**.

- La Corte Suprema **evalúa la información** brindada por la administración, a fin de determinar si es suficiente y cumple con los requisitos exigidos legalmente;
- Examina detenidamente, además, los casos en que la administración se niega a proporcionar determinada información y **analiza las justificaciones** brindadas;
- Aplica el **principio de máxima divulgación**, que implica que toda información es accesible y las excepciones deben ser siempre interpretadas muy restrictivamente.
- Considera que **las restricciones deben cumplir con determinados recaudos**: a) estar fijadas previamente por ley; b) ser excepcionales; c) perseguir objetivos legítimos; d) ser necesarias en una sociedad democrática; lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo; e) ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida;
- Entiende que **la carga de la prueba de la legitimidad de la restricción corresponde al Estado** y que estas deben estar debidamente fundadas, no bastando la mera alegación a la norma que prevé la excepción; y
- Siempre que se encuentra en conflicto el derecho a la información con algún otro derecho procura una solución armónica **maximizando el contenido del derecho a la información**.

Por último, y antes de adentrarnos en el último capítulo de este trabajo, podemos citar un caso donde se discutía la validez del cobro de un tributo cuya norma de creación no había sido publicada oficialmente, sino que solamente había sido colocada en el sitio web del municipio. La administración argumentaba que era suficiente dicha publicación, mientras que la defensa del ejecutado se basaba en que esta resultaba insuficiente dado que no garantizaba la veracidad, integridad y

autenticidad del contenido ni brindaba certeza sobre la fecha de publicación. La Corte aquí revocó la sentencia y el Dr. Rossati, en su voto, efectuó una consideración respecto del uso de las ‘nuevas’ tecnologías que resulta pertinente traer al caso en estudio. En este sentido, expresó: *“Que del mandato constitucional de publicar la ley, se sigue la obligación de la autoridad estatal de organizar un sistema confiable de registración, divulgación y conservación, que dé fecha cierta a la publicación, garantice la autenticidad del texto normativo y haga posible su consulta por la comunidad. Naturalmente que en nuestro tiempo, en el que la expansión de los cometidos estatales se ha traducido en una profusa actividad legislativa (lato sensu), los poderes públicos deben extremar la observancia de sus obligaciones constitucionales de dar debida publicidad a sus actos e instrumentar mecanismos que faciliten la accesibilidad y preciso conocimiento de las normas. Y en este cometido, las nuevas tecnologías -aun cuando, eventualmente, presten un auxilio eficaz- no pueden permanecer ajenas a cumplir, rigurosamente, con las exigencias apuntadas”*²⁶ (el destacado me pertenece).

III.- Código abierto como garantía del derecho a la información

III.A. Encuadre de la problemática

En los apartados anteriores hemos tratado las cuestiones relativas al software, especialmente en lo que refiere al tratamiento que recibe por parte de la legislación en cuanto creación y en lo concerniente a los diferentes modelos de negocios contruidos con base en los derechos concedidos a sus autores. A estos fines, distinguimos los instrumentos legales mediante los cuales los programas informáticos son distribuidos: las licencias. También, hemos señalado el hecho singular de que, en ocasiones, el código fuente -el texto redactado por los programadores- no se encuentra disponible para los usuarios y la importancia que esto reviste. Luego, abordamos la temática del derecho al acceso a la información pública y analizamos los precedentes de la Corte Suprema más importantes en esta temática.

²⁶ CSJN, 22/12/2020, *Municipalidad de Junín c/ Akapol S.A. s/ apremio*, fallos: 343:2184.

En este apartado, vincularemos ambas cuestiones e intentaremos demostrar que **la disponibilidad del código fuente es un requisito fundamental para garantizar el derecho al acceso a la información pública** y que esta no debe ser una cuestión que deba continuar siendo desconsiderada por la administración al momento de efectuar contrataciones de software.

Ya hemos mencionado que el código fuente es el medio para comprender un programa informático y que sin el mismo aquel que conozca el lenguaje de la programación no podrá entender cómo funciona. De hecho, *“cuando los ingenieros de software se encuentran ante un programa que no da acceso al código fuente -es decir, que no es libre - no lo pueden entender, y por tanto que no lo pueden arreglar aunque hubieran descubierto un error y conocieran su solución. Es decir, aunque conocieran la solución se encuentran incapacitados para aplicarla”²⁷*.

La informática tiene cada día más incidencia en la vida de las personas y al mismo tiempo puede utilizarse para múltiples funciones. Los Estados y sus administraciones públicas van adoptando la tecnología a fin de desarrollar sus competencias. Desde sistemas informáticos de uso interno hasta el desarrollo de programas informáticos para que sean utilizados por los ciudadanos con motivos del ejercicio de algún derecho. Especialmente en los casos donde los derechos de los particulares se ven afectados, **la no disponibilidad de los códigos fuente se traduce en la imposibilidad de conocer de qué modo el estado está desarrollando sus tareas y los fundamentos de las decisiones, a fin de evaluar si en este proceder existen tanto errores como afectaciones de derechos**. Tal situación supone un desafío inédito para el Derecho y gran parte de los principios que sustenta su actividad desde el Siglo XIX. Y es que, al margen de las problemáticas derivadas de la no posibilidad de fiscalizar aquellas decisiones relativas a cuestiones que afectan derechos subjetivos, **los programas**

²⁷ CULEBRO JUAREZ, Montserrat, GOMEZ HERRERA, Wendy Guadalupe, TORRES SANCHEZ, Susana, *op. cit.*, págs. 9 y 10.

informáticos -en tanto conjunto de instrucciones diseñadas para llevar adelante tareas- **que son utilizados para desarrollar competencias públicas, adquieren un verdadero carácter normativo, y como tales, están sujetos al principio de publicidad.** No debe perderse de vista que, tal como es doctrina de la Corte, *“la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor (Fallos: 326:417; “Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 341:1017; “Apaza León, Pedro Roberto”, Fallos: 341:500, voto del juez Rosatti)”. Y que a estos fines “la regular publicación de las leyes -exigencia que resulta del principio republicano y de juridicidad- es el presupuesto constitucional esencial para que estas se puedan reputar conocidas y, por tanto, considerarse obligatorias”²⁸.*

Sin el acceso a los códigos de programación, la población no puede conocer ‘estas reglas preestablecidas’ mediante las cuales serán gobernados -no ya por personas sino por máquinas, o al menos, con ayuda de estas-. Creemos que es una cuestión que no debe soslayarse, ni que deba ser desatendida por el derecho, por desinterés, negligencia, o por no comprenderse su real magnitud. La creciente implementación de la tecnología tornará cada vez más importante esta cuestión: al implementarse más y más sistemas para llevar adelante las competencias estatales, la falta de acceso a los códigos fuente, dotará su actuación de una cada vez más oscura incertidumbre, completamente contraria a los principios de una sociedad democrática y republicana.

A fin de ejemplificar de qué modo puede ocurrir esto en la práctica, trabajaremos sobre dos recientes casos donde se ha solicitado a la administración pública que proporcione el código fuente de sistemas informáticos que empleaba a distintos fines y esta se negó a otorgarlo. Debemos advertir que los precedentes en

²⁸ CSJN, 22/12/2020, ‘Municipalidad de Junín c/ Akapol S.A. s/ apremio’, fallos: 343:2184.

la materia son muy pocos y aún se están generando las primeras sentencias en torno a esta problemática.

III.B. El caso Civio

En el año 2019, la Asociación Civil española Civio detectó que había defectos importantes en el diseño y la implementación del software ‘Bosco’, creado por la administración pública de España, a fin de determinar si al usuario le correspondía o no una ayuda estatal determinada. Civio comprobó que se estaba denegando la asistencia a personas que efectivamente tenían derecho a ella y en virtud de ello, intentó averiguar cómo se había hecho el software que determinaba, de forma automática, una decisión que era de suma importancia para las personas más vulnerables. Particularmente, intentaba comprender por qué el programa se equivocaba en los casos de familias numerosas o en aquellos en que los solicitantes eran personas con pensiones de jubilación o viudedad, y al mismo tiempo, quería asegurarse de que no contuviera otros errores que pudieran rechazar el pedido de ayuda a personas que la necesitan. En consecuencia, solicitó que se le proporcionara toda la información del programa informático referido, incluido el código fuente.

Ante este pedido, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de España dictó la Resolución nº 701/2018²⁹ mediante la cual consideró que *“la divulgación a la que se pretende acceder supondría un perjuicio para la propiedad intelectual. El sistema de información desarrollado permite a los comercializadores de referencia comprobar que el solicitante del Bono Social cumple los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable. Por tanto, **las especificaciones técnicas y el código fuente** (así como los resultados de las pruebas de funcionamiento) **se encuentran protegidos por la propiedad intelectual**”* (el destacado es propio)”. En España, las aplicaciones desarrolladas por la propia Administración se comunican al Centro de Transferencia de Tecnología, que funciona como una

²⁹ <https://www.consejodetransparencia.es/dam/jcr:3f003946-deee-4b28-b014-10aa7d7047c3/R-0701-2018.pdf>

suerte depósito virtual al que no tiene acceso el sector privado, y tampoco se encuentra prevista la cesión a un tercero de los sistemas informáticos. Por ello, el Consejo entendió que *“el acceso a esta documentación supondría ceder a un tercero el código de la aplicación que podría ser utilizado por éste para replicar la aplicación informática creada y desarrollada por la propia Administración”*.

La cuestión fue judicializada y a la fecha se encuentra pendiente de resolución. En el caso se discute, principalmente, si las administraciones públicas pueden o no ampararse en los derechos de autor, dado que se trata de una aplicación desarrollada por el mismo Estado.

III.C. El caso O.D.I.A.

En el ámbito nacional, 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 local que proporcionara el código fuente del sistema implementado -del cual se sospechan varios tipos de fallas-. Por ej. es sabido que estos sistemas -inclusive los más desarrollados del mundo- reconocen con mayor precisión personas dentro de determinados grupos étnicos o dentro de un género determinado. Por ende, un sistema de vigilancia pública que utilice un sistema semejante implica una clara violación al principio de no discriminación. Por otra parte, en ocasiones, identifica erróneamente a una persona, lo cual implica que la misma sea demorada hasta tanto su identidad sea comprobada. Se han registrado varios casos de personas que han pasado demoradas varios días hasta que fueron finalmente liberadas. Además, el GCBA no efectuó un análisis de impacto sobre los datos personales ni sometió la cuestión a un previo y debido debate público.

La respuesta del GCBA consistió 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.

La cuestión fue judicializada por la ONG y aún no cuenta con sentencia firme, en tanto, si bien la Cámara de Apelaciones se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión, aún resta resolver la procedencia del recurso de inconstitucionalidad incoado por la parte demandada. No obstante, atento la información brindada por el GCBA y atento la gravedad de la cuestión, la asociación presentó un recurso de amparo a fin de solicitar la desconexión del mismo. El juez actualmente a cargo de la causa le imprimió trámite de amparo colectivo y convocó a todas las personas que pudieran tener interés jurídico a presentarse como parte para lo que otorgó un plazo de quince días. Al momento, no se cuenta con resolución cautelar.

Ambos precedentes pueden dar cuenta de las implicancias que puede tener el desconocimiento del código fuente. En este caso particular, no puede saberse cómo ha sido diseñado el sistema, el grado de certeza tiene en el reconocimiento, si presenta algún grado de discriminación en relación con los grupos étnicos 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.

III.D. La publicidad del código fuente

Como vemos, **la no disponibilidad del código fuente impide el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.** Sin embargo, es posible advertir del análisis de los casos citados precedentemente que lo hace con diferentes matices.

En el caso del software Bosco, la falta de acceso al código fuente impide el acceso al mecanismo de procesamiento de la información aportada por el usuario quien obtiene -luego del análisis efectuado el programa- una respuesta a su solicitud. Es decir, no conocemos los “argumentos” en los cuales se basa el sistema para emitir la resolución ¿Es este procedimiento que desarrolla el algoritmo diferente al empleado para arribar a un tradicional acto administrativo? ¿Podemos hablar de software en ejercicio de la función administrativa? Retomemos la definición de software brindada al inicio del presente trabajo: “*Los softwares son básicamente un conjunto de instrucciones y reglas diseñadas por el hombre que gobiernan los procesos que pueden llevar a cabo las computadoras*”³⁰. Ahora bien, si esos “procesos” son funciones administrativas ¿los códigos fuente, en tanto conjunto de instrucciones para desarrollar esas funciones, no se tratan de verdaderas normas de procedimiento administrativo? Si se observa detenidamente, **el sistema emite una resolución frente a una petición de un particular teniendo en cuenta la información del caso concreto y la normativa vigente. Y lo hace teniendo en cuenta un conjunto de instrucciones diseñadas para tal fin, las cuales equivaldrían a una norma de procedimiento administrativo.**

Por otra parte, y en lo que refiere a la respuesta brindada por el sistema, entendemos que es posible plantear aquí la cuestión de que **la no publicidad del código fuente** -de los programas implementados con este tipo de finalidad- **equivaldría a no contar con el elemento “motivación” propio y esencial de todo acto administrativo** ³¹. Ello, dado que carecemos de los elementos necesarios para evaluar los “razonamientos” u operaciones lógicas empleadas para arribar a la resolución.

³⁰ cfr. IEEE Std 729-1993, IEEE Software Engineering Standard 729-1993: Glossary of Software Engineering Terminology, IEEE Computer Society Press, 1993.

³¹ Art. 7 inc. e) de la ley 19.549 “*deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo*”.

Creemos que se plantean además diversos dilemas en torno a este tipo de soluciones que no trataremos aquí por exceder el objeto de este trabajo, como por ej. la naturaleza jurídica de las decisiones, los tipos de recursos que pueden interponerse, la cuestión de la competencia, las notificaciones, si el software puede reemplazar a los mecanismos de petición tradicional o se trata de medios adicionales, etc.

En el caso del sistema de reconocimiento facial, la cuestión es más compleja y se encuentran involucrados otro tipo de derechos como la privacidad, a la no discriminación y la protección de los datos personales, de manera colectiva. La falta de acceso al código fuente no permite entender como fue diseñado el sistema y si pone en riesgo estos derechos de la ciudadanía. De hecho, 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 nuestro país-. La delicada naturaleza de los derechos en juego y la gran potencia de estos sistemas exige que sean examinados a fondo: **la publicidad del código permite constatar que el funcionamiento del programa se adecua eficaz y exclusivamente a los fines para los cuales fue diseñado.** Permite descubrir tanto errores como desviaciones indebidas de sus funciones que lesionarían gravemente los derechos de la ciudadanía.

Es dable señalar que si bien la base tecnológica es la misma, la utilización de software por parte del Estado puede ser variada y también los tipos de derechos afectados. Sin perjuicio de ello, sostenemos que el derecho al acceso a la información pública siempre se encontrará en jaque ante la falta de publicidad del código fuente. Por ende, **la publicidad de los códigos fuente 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.** Nos permitimos citar aquí a Javier de la Cueva cuando expresa que

“Ante estos hechos, cuya gravedad se extiende conjuntamente con la cada día mayor omnipresencia de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), el derecho debe dar la misma respuesta de la Ilustración. Frente a las normas secretas, se operó imponiendo el principio de legalidad lo que según BOBBIO tuvo “por consecuencia el descrédito de todas las otras fuentes del derecho sobre las que se erigió el poder tradicional, en particular el derecho consuetudinario y el derecho de los jueces” (BOBBIO, N. (2009), Teoría general de la política, Madrid, Editorial Trotta.p. 166)”³².

III.E. Excepciones

Ahora que hemos visto cuál es la importancia del código fuente y su vinculación con el derecho al acceso a la información pública, analizaremos los fundamentos brindados por la administración para negarse para hacer público el mismo y si estos pueden ser considerados válidos.

Como reseñamos en el primer apartado de este trabajo, el software está sujeto a la protección de los derechos de autor. La obra (el texto) es el código fuente y es propiedad de quien la crea. El autor tiene respecto de ella toda la amplia gama de derechos que ya hemos mencionado. También observamos la inusual situación que se presenta en el caso del software, cuando en ocasiones sus propietarios distribuyen copias exclusivamente del código objeto, es decir una versión ejecutable por el sistema pero incomprensible para el usuario. En tanto los programas informáticos sean utilizados por los particulares a fines privados, no se presentan mayores problemas, con excepción de la problemática de las libertades del usuario (y fue justamente esto lo que impulsó el nacimiento del software libre). Ahora bien, **en tanto los sistemas sean utilizados por el Estado a fin de desarrollar competencias que le son propias, este no puede ocultar de qué modo lo hace**. Si pensamos en el caso del Sistema de Reconocimiento Facial y observamos que dispositivos electrónicos se encuentran llevando a cabo tareas de

³² DE LA CUEVA, Javier. “Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho” en Revista Sumario Número 77, Madrid, enero-febrero 2018.

seguridad pública, es posible concluir que la falta de acceso al código fuente equivale a tener una normativa policial secreta.

En el caso español, la administración arguye que el código fuente cuya publicación fue solicitada se encuentra protegida por los derechos de autor, los cuales pertenecerían al propio Estado y que no se encuentra prevista la cesión a terceros. La postura del gobierno español implicaría reconocer que los documentos públicos son de propiedad estatal y por tanto, se encuentra facultado para no publicarlos. En síntesis, se trataría de una clara e injustificada violación del derecho al acceso a la información pública.

En cuanto al caso argentino, tal como expresamos anteriormente, la administración sostiene que no posee el código fuente dado que se trata de un secreto comercial de la empresa que desarrolló el software el cual se encuentra protegido por los derechos de autor. Si seguimos los razonamientos empleados hasta ahora, podríamos arribar fácilmente a la conclusión de que la administración local, a diferencia de la española, siquiera conoce cómo fue diseñado y cómo funciona el sistema que implementó, dado que **carece de la información solicitada, es decir del código fuente**. Para ilustrar la magnitud del hecho, proponemos el siguiente ejemplo: sabemos que se ha implementado una nueva normativa de procedimiento administrativo de una materia dada, por ej. de procedimiento tributario. Concurrimos entonces a solicitar que se nos brinde el texto del mismo y el Estado nos responde que carece de la información, dado que acudió a un estudio de abogados privado para que redacte el texto, el cual se encuentra protegido por los derechos de autor. La respuesta se nos aparece inmediatamente inadmisibile.

El software se encuentra sujeto a la protección de los derechos de autor, pero como hemos mencionado, **su distribución a través de licencias de tipo privativas no es la única manera en que se ha desarrollado la industria de la informática**. Actualmente, el mercado de las licencias de software libre/abierto se

encuentra tan desarrollado como el de las privativas. Por ello, **el Estado al comprar programas informáticos mediante licencias de tipo privativas efectúa una evidente y deliberada elección.** Creemos que **el Estado, al optar por cumplir determinada función a través de la implementación de un programa informático, debe hacer siempre público el código fuente.** No debemos olvidar que *“el software tiene un papel muy destacado en la sociedad y es importante garantizar métodos transparentes en sus diferentes fases de producción y explotación”* y que *“el software libre, al dar acceso al código, es el único que puede garantizar esta transparencia”*³³.

Además, a fin de evitar la adopción irresponsable de tecnologías es fundamental aplicar los principios de transparencia y rendición de cuentas en su adquisición e implementación. Estos principios se encuentran garantizados en los artículos n° 1, 33, 41, 42 y concordantes del Capítulo Segundo y del Artículo 7 inciso 22 en la Constitución Nacional, que incorpora con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales, entre los que se encuentra la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción**, la cual se ocupa de la transparencia, el acceso a la información pública y la participación de la sociedad civil en el combate contra la corrupción (Artículos 10 y 13; párrafo 5 de su Preámbulo y artículos III.11 y XIV.2, respectivamente).

En virtud de los razonamientos aportados, creemos que la respuesta brindada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto reconoce no tener el código fuente del sistema de reconocimiento facial implementado, es suficiente como para causar la nulidad de la implementación del software.

Asimismo, creemos que en contratación de software para el desarrollo de competencias estatales, resulta de especial relevancia lo dispuesto en el art. 9 del decreto delegado n° 1023/01, en tanto expresa que *“La contratación pública se*

³³ CULEBRO JUAREZ, Montserrat, GOMEZ HERRERA, Wendy Guadalupe, TORRES SANCHEZ, Susana, op. cit., pág. 10.

desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”.

Si seguimos los razonamientos hasta aquí vertidos, podemos advertir fácilmente que la contratación de software de código abierto es mucho más favorable a la transparencia que el software adquirido por medio de licencias de tipo privativas. De hecho, como expresamos, los sistemas de softwares privativos son opacos tanto en su nivel de seguridad, como en el tipo de decisiones que adoptan. Asimismo, las licencias de software libre facilitan el control por parte de la ciudadanía de los procesos licitatorios, en tanto puede conocerse en detalle qué es lo que se ha comprado. Adquirir solamente versiones ejecutables de programas informáticos será siempre una alternativa mucho menos transparente que adquirir software de código abierto.

Es por ello que creemos que **el Estado, al momento de adquirir un software, debe contemplar siempre esta cuestión de fundamental -aunque no tal vez obvia- importancia. Si frente a la alternativa de contratar software libre o de tipo privativo, opta por este último, elige entonces una solución que lesiona gravemente los derechos de los ciudadanos y atenta contra los principios constitucionales de acceso a la información pública, de publicidad de las normas y de transparencia en las contrataciones.**

Analizaremos ahora el caso en que la administración efectivamente cuente con el código fuente -ya sea comprado a un tercero o desarrollado por la propia administración- pero se abstenga de publicarlo, con fundamento en lo previsto en el art. 8, inc. c) de la ley n° 27.275 en cuanto exceptúa a los organismos públicos obligados de brindar información cuando se trate de: “*secretos industriales, comerciales,*

financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado”.

Con relación a ello, en primer lugar, entendemos que al ampararse en este artículo, **el Estado no haría otra cosa que ratificar expresamente su voluntad de mantener en secreto el modo en que procede mediante la utilización de algoritmos** (dado que los calificaría de secretos tecnológicos). En segundo lugar, debemos recordar que en materia de acceso al derecho a la información rige el **principio de máxima divulgación** y que **las excepciones a la obligación de brindar información pública son de interpretación restrictiva, deben basarse en normas legales previas y estar debidamente fundadas**, no bastando la mera cita del artículo legal en el que se basa. Es decir, eventualmente, la administración deberá exponer detalladamente los fundamentos por los que considera que la publicación del software perjudicaría el nivel de competitividad o lesionaría sus intereses, obviamente sujetos a control judicial. De llegar a esta instancia, por todos los argumentos brindados en este trabajo creemos que de aplicar la Corte todas las doctrinas estudiadas en los fallos mencionados, condenaría al Estado a publicar los códigos fuente de los programas informáticos que utilice en ejercicio de sus competencias.

Estamos convencidos de que frente al rápido avance tecnológico, el cual brinda numerosas ventajas, amplía las posibilidades y optimiza los recursos, es fundamental que el actuar estatal se amarre firmemente a los principios republicanos con el objeto de evitar que la opacidad en el uso de las tecnologías derrumbe los cimientos sobre los que están contruidos los Estados democráticos. Es que, tal como lo expresó el Dr. Rosatti en el fallo antes citado, *“las nuevas tecnologías -aun cuando, eventualmente, presten un auxilio eficaz- no pueden permanecer ajenas a cumplir, rigurosamente, con las exigencias apuntadas”*, las cuales son, en este caso, nada menos que las de la República.

III.F. Conclusiones

La publicidad del código fuente en los software es esencial a fin de garantizar el derecho al acceso a la información pública y garantizar los principios de transparencia y no discriminación, pilares fundamentales de los Estados republicanos y democráticos. La administración al implementar software para desarrollar sus funciones debe brindar el código fuente a fin de que la población pueda conocer de qué manera fue diseñado y controlar si el sistema se ajusta a los principios legales o infringe algún tipo de derecho. Sin importar el mecanismo que el Estado emplee para hacerse del software -ya sea por adquisición a terceros o por desarrollo propio- deberá garantizar el acceso al código fuente y de esta forma cumplir con los mandatos constitucionales de un Estado democrático. No se trata pues de indagar si una nueva forma de diseñar el software público es posible, sino más bien de reconocer y dar acabado cumplimiento a las mandas constitucionales que debieran regir su sentido y existencia.

IV.- Apéndice bibliográfico

- ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *Un derecho débil: Investigación sobre el derecho de acceso a la información pública en la Argentina*, mayo de 2013
- BAIN, Malcolm; GALLEGO RODRÍGUEZ, Manuel, MARTÍNEZ RIBAS, Manuel, RIUS SANJUÁN, Judit; *‘Aspectos legales y de explotación del software libre’*, Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya, 2004,
- BUSANICHE, Beatriz, *“El dilema del copyright en el campo del software”*, Fundación Vía Libre, disponible en vialibre.org.ar.
- CULEBRO JUAREZ, MONTSERRAT, GOMEZ HERRERA, WENDY GUADALUPE, TORRES SANCHEZ, SUSANA *“Software libre vs software propietario. Ventajas y desventajas”* Creative Commons, México, Mayo 2006, pág. 9

- DE LA CUEVA, Javier, “Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho” en Revista Sumario Número 77, Madrid, enero-febrero 2018.
- STALLMAN, Richard M. , “Software libre para una sociedad libre”, ed. Traficantes de Sueños, Madrid 2004
- STALLMAN, Richard M. , “Software Libre GNU”, ed. Utopía Pirata

Jurisprudencia

- CSJN, 15/10/1998, ‘Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.- s/ amparo ley 16.986’, Considerando 11 del voto del Dr. Fayt. Fallos: 321:2767
- CSJN, 04/12/2012, ‘Asociación Derechos Civiles el EN - PAMI - (dto.1172/03) s/ amparo ley 16.986’, Fallos: 335:2393
- CSJN, 26/03/2014 ‘CIPPEC e/ EN MO Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986’, fallos: 337:256
- CSJN, 21/07/2016, ‘Garrido, Carlos Manuel c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986’, fallos: 339:827.
- CSJN, 07/03/2019, ‘Savoia, Claudio Martín c/ EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986’, fallos: 342:208.
- CSJN, 12/11/2020, ‘Olivera, Gustavo Eduardo c/ EN – AFIP s/ amparo ley 16.986’, fallos: 343:1663.
- CSJN, 10/11/2015 ‘Giustiniani, Rubén Héctor c. Y,P.F, S.A. s. amparo por mora’, fallos: 338:1258
- CSJN, 22/12/2020, ‘Municipalidad de Junín c/ Akapol S.A. s/ apremio’, fallos: 343:2184.