

LA LEY



Acceda **sin cargo** al portal de noticias jurídicas **TRLaLey**, escaneando el siguiente **código QR**.

EDICIÓN ESPECIAL

ISSN 0024-1636

ABOGACÍA, ACTIVIDAD ESENCIAL

Sumario

2 | Mónica Pinto

Abogacía, actividad esencial



16 | Lisandro Frene

A 20 años de la ley 25.036. Por qué la firma electrónica se impuso a la firma digital



2 | María Carolina Abdelnabe Vila

¿Acaso no es la firma digital una firma certificada?

18 | María Laura Ochoa

Repensar la formación de los operadores del derecho en el nuevo milenio



4 | Mario Adaro

La formación de las abogadas y los abogados ante la digitalización del proceso



20 | Eduardo Rivera López

Ética en el ejercicio profesional de la abogacía



5 | Alejandra M. Alliaud

El derecho de defensa en un nuevo contexto

22 | Natalia Sergi

Los nuevos desafíos de la defensa técnica



8 | Gastón E. Bielli, y Carlos J. Ordoñez

Firma digital para abogados de la jurisdicción bonaerense



25 | Pamela Tolosa

La formación para el ejercicio de la abogacía en épocas de inteligencia artificial y pandemia



13 | Nicolás Bonina

Abogacía 4.0
Transformación digital de la profesión. *Legal Management, Legal Design & Legal Operations*

28 | Rodolfo L. Vigo

Ética profesional y ética judicial



Abogacía, actividad esencial

Mónica Pinto
Profesora emérita, exdecana de la Facultad de Derecho (UBA).

Todos los grupos humanos han sabido organizarse para desarrollar mecanismos para solucionar controversias y para impartir justicia. En las sociedades modernas el derecho a la justicia es un derecho humano y también un medio esencial para la realización de otros derechos. La profesión jurídica es central para asegurar un sistema efectivo de justicia. Probablemente por eso es muy difícil concebir un mundo sin judicatura y sin abogacía.

Se trata de un entramado en el que no es sencillo deslindar las acciones de "la justicia" de las de quienes operan para lograrla, donde se ubica a quienes abogan por los derechos de sus clientes.

"La independencia de quienes ejercen la abogacía es oponible a los Estados y a los actores no estatales que también pueden ejercer presión; ambos son responsables por los ataques a esa independencia, pero el Estado tiene, además, la obligación de garantizar esa independencia y de asegurar, en su caso, una rápida y efectiva investigación respecto de las alegaciones de serias violaciones a los derechos humanos".

Hoy la ciudadanía nos reconoce por la imagen mediática de ciertos colegas, cuyo ejercicio profesional tiene calidades diversas, pero, sobre todo, solo representa una mínima parte del trabajo profesional. En todo caso, y esto surge también del discurso de quienes defienden su actuación en un sistema de justicia cotidianamente crítica, la mayoría de los justiciables llega a la justicia,

porque alguien aboga por ellos; en la generalidad de los casos lo hace honestamente e invirtiendo todos sus recursos disponibles.

La administración de justicia es esencial para que los derechos y obligaciones de los sujetos de un orden jurídico se cumplan. Y ello solo es posible teniendo acceso al sistema de justicia y asistencia letrada de calidad para lograr el objetivo.

Quienes ejercen la abogacía habilitan el acceso a la justicia, asisten en el ejercicio del derecho a la justicia, y trabajan por la realización del derecho al juicio justo. Se trata de derechos humanos universalmente reconocidos. Abogadas y abogados tienen un rol central en asegurar una justa administración de justicia, su ejercicio profesional tiene incidencia en la cosa pública, aunque solo se dediquen a cuestiones consideradas como de derecho privado.

Esto explica también que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sustentable incluya como Objetivo 16 el acceso a la justicia para todos, un compromiso político adoptado por los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas.

La abogacía parece una profesión superlativa cuando lo que está en juego tiene que ver con la libertad de las personas. Así, las cuestiones penales fueron las que primero incitaron a establecer reglas claras sobre el papel de los letrados. En esa tesitura, Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de 1990 confirman que "toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal".

Prontamente, sin embargo, la práctica de todos los sistemas jurídicos del mundo dejó en claro que el acceso a la justicia es un derecho de todos y cada uno de nosotros que los Estados tienen que proveer, no solo en la sustanciación de cualquier acusación penal, sino también para la determinación de derechos y obligaciones de otro carácter.

Las normas refieren a la independencia de quienes ejercen la abogacía profesionalmente. A nivel nacional se considera que el régimen jurídico vigente garantiza esa independencia. El dere-

cho protege la confidencialidad de las relaciones con los clientes, el derecho a formar asociaciones profesionales. Sin embargo, esto no es así en la práctica en todos los lados.

"En una versión 5G, seguimos buscando el décimo de los Mandamientos de Eduardo Couture, ¡pasión por abogar!"

La independencia de quienes ejercen la abogacía es oponible a los Estados y a los actores no estatales que también pueden ejercer presión; ambos son responsables por los ataques a esa independencia, pero el Estado tiene, además, la obligación de garantizar esa independencia y de asegurar, en su caso, una rápida y efectiva investigación respecto de las alegaciones de serias violaciones a los derechos humanos.

Nosotros tenemos que asumir el compromiso de la independencia de nuestra profesión y reconocer el rol central que jugamos en la prestación del servicio de justicia. Nosotros tenemos que ser los artífices de nuestra propia independencia. La práctica del derecho no es un negocio, sino una profesión que supone derechos específicos y también deberes esenciales y un código de deontología que respetar. Nosotros ponemos nuestro conocimiento y habilidades al servicio de la representación y la defensa de los clientes. Nuestra honestidad e integridad intelectual y material son cruciales y deben ser percibidas como tales por los clientes y por la sociedad.

Más allá del litigio, hoy abogados y abogadas trabajan en asesoramientos que contribuyen a que sus clientes puedan hacer buenos negocios. Se trata de trabajar con el cliente para maximizar sus derechos y el alcance de ellos en oportunidades de negocios que por su complejidad requieren de dictámenes expertos y de más de una mirada.

Hoy las abogadas y los abogados deben saber trabajar en equipos interdisciplinarios, armando esquemas a los que aportan actuarios, economistas, sociólogos y varios otros profesionales.

Deben poder compartir y actuar en pluralidad y diversidad, de género, de cultura y civilización, de sistema jurídico, de lengua, de universo mental.

Es necesario saber llegar a los hechos y confrontarlos con el derecho, visualizando cursos de acción con sus pros y sus contras, poder evaluar críticamente los argumentos posibles, saber completar los espacios en blanco con investigación jurídica u otra, saber redactar, comunicar con fluidez, pensar estratégicamente.

Hoy ejercer la abogacía exige carácter, aplicación, eficiencia, honestidad, lealtad, buen criterio, sentido común. Se necesita saber escuchar y contestar con humildad, tener tacto y diplomacia, tener empatía con el cliente, saber asesorar lealmente, ser conscientes de que nuestra educación está siempre en progreso.

Pero más allá de todo eso, los estudios jurídicos, las empresas, las instituciones y los clientes buscan abogadas y abogados que sean íntegros, honestos, confiables, pacientes, tengan determinación, sean humildes, positivos, creativos, buenos jugadores en equipo, que sean buena gente.

Por cierto que del lado profesional se valora la mentalidad del principiante: eso de estar siempre abierto a nuevos aprendizajes, tener iniciativa, saber proponerse metas y lograrlas, superar desafíos. Todas ellas actitudes indispensables para movernos en un mundo increíblemente cambiante —y esta pandemia de COVID-19 lo ha demostrado—, en el que el derecho se refina y se recrea de mil maneras.

Nada de lo anterior tiene importancia si no se demuestra un decidido compromiso por la justicia y el estado de derecho —el rule of law—, una fuerte ética del trabajo, la disposición al mejor esfuerzo y a la prestación de un servicio de alta calidad.

En definitiva, en una versión 5G, seguimos buscando el décimo de los Mandamientos de Eduardo Couture, ¡pasión por abogar!

Cita on line: AR/DOC/2885/2020

¿Acaso no es la firma digital una firma certificada?

María Carolina Abdelnabe Vila
Abogada (UCA). Consejera en Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen (PAGBAM). Especialista en defensa de la competencia, derecho del consumidor, lealtad comercial, tecnología y datos personales. Magíster de la Université Catholique de Lyon, Francia. Profesora en la Universidad del CEMA, UCES y Universidad Austral.

I. Introducción

Tal como el título de este artículo lo indica, el presente tiene como objeto reflexionar sobre la real implicancia y fuerza que posee la firma digital en el derecho argentino. En particular, me centraré en analizar la normativa aplicable a la firma digital, con sus recientes modificaciones referidas al otorgamiento, y luego, casi de inmediato, al "desalojo" del carácter de firma certificada.

A este fin, propongo analizar al derecho como un todo armónico, el cual mal puede interpretarse de manera parcelada, al tiempo que debe estudiarse sabiendo que las normas no pueden arbitrariamente desprenderse de la realidad.

II. Normativa aplicable a la firma digital

El procedimiento tecnológico que implica la firma digital tiene relevancia jurídica (esto es, valor y eficacia legal): primero, en el año 2001, a través de la ley 25.506 de Firma Digital (1) (en adelante, la "Ley de Firma Digital") y, varios años después, en el propio Código Civil y Comercial de la Nación (2) (en adelante, el "Cód. Civ. y Com.").

Así, la Ley de Firma Digital indica que se entiende por firma digital "al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras par-

tes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma" (art. 2º).

Además, solo puede haber firma digital en la medida en que haya sido originada de un certificado digital emitido por un certificador licenciado y, a su vez, el certificado debe estar vigente (3).

Los certificadores licenciados son entidades públicas o privadas que se encuentran habilitadas para emitir certificados digitales, en el marco de la Ley de Firma Digital (4).

También existe la posibilidad de obtener la firma digital de una autoridad de registro (5),

que son entidades públicas o privadas que se encuentran habilitadas por el ente licenciante o la autoridad certificante para emitir certificados digitales. Así, la autoridad de registro efectúa las funciones de validación de identidad y de otros datos de los solicitantes y suscriptores de certificados, registrando las presentaciones y trámites que les sean formulados. Esto es, las autoridades de registro verifican la identidad, pero los certificados digitales los otorga el ente licenciante o la autoridad certificante.

Una vez obtenida la firma digital, la Ley de Firma Digital y el Cód. Civ. y Com. indican que esta tiene:

- la misma validez jurídica que la firma manuscrita (arts. 2º y 3º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.);

- presunción de autoría, pues —salvo prueba en contrario— se presume que pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art. 7º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.); y

- presunción de integridad, toda vez que se presume que el documento digital que lleve inserta una firma digital no ha sido modificado desde la inclusión de la firma digital (art. 8º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.).

Es decir que la firma digital cuenta con la misma protección legal que la firma manuscrita, además de que permite presumir la autoría y la integridad del documento digital.

Ahora bien, la Ley de Firma Digital se encuentra reglamentada desde el año 2002, y esa reglamentación fue reemplazada y actualizada recientemente a través del dec. 182/2019 (6) (en adelante, el “decreto reglamentario”), el cual originalmente estableció que “La firma digital de un documento electrónico satisface el requisito de certificación de firma establecido para la firma ológrafa” (7).

Lo supuestamente controvertido de la nueva reglamentación es que equiparaba los efectos de la firma digital a los de la firma manuscrita certificada por escribano público. Y, a partir de esta equiparación expresa, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires presentó un reclamo judicial solicitando la suspensión de dicha equiparación. El Poder Judicial concedió la suspensión (8).

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires argumenta, a grandes rasgos, que mientras la firma digital otorgaría solamente una “presunción de autoría” equiparable a la firma ológrafa, la certificación de firmas por parte de un escribano representa otro procedimiento de verificación de identidad, en donde interviene una persona a la que el Estado delega la fe pública (el escriba), quien da certeza de que quien firma un documento es quien dice ser. Asimismo, indica que el decreto reglamentario sería inconstitucional, en tanto excede de lo que el Cód. Civ. y Com. y la Ley de Firma Digital dicen, otorgándole a la firma digital efectos distintos a los que dichas normas le otorgarían.

Luego, el decreto reglamentario —tal vez como consecuencia de este fallo— se vio modificado en este aspecto mediante el dec. 774/2019 (9), por lo que actualmente el art. 2º del anexo del decreto reglamentario indica: “*Certificación de firmas*. La firma digital de un documento electrónico satisface el requisito de certificación de

firma establecido para la firma ológrafa en todo trámite efectuado por el interesado ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada”. Esto es, la firma digital posee las características de una firma ológrafa certificada, pero únicamente en los trámites efectuados ante la Administración Pública Nacional.

Conviene entonces analizar la real implicancia de esta modificación reglamentaria —tarea que se aborda en los acápites siguientes— para poder “contestar” el interrogante referido a si no es acaso la firma digital en su propia naturaleza una firma certificada.

III. Análisis de la firma digital y sus caracteres

Los siguientes argumentos deben ser explorados a los fines de determinar si la firma digital es en esencia una firma certificada, aun cuando dicho carácter no le sea otorgado expresamente, y para todos los casos, por el decreto reglamentario:

III.1. El principio de no contradicción indica que la firma digital es una firma certificada

Una de las leyes clásicas de la lógica indica que “nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido” (10). Sin embargo, la actual redacción del art. 2º del anexo del decreto reglamentario pareciera caer en esta contradicción. Es que todo parecería indicar que una misma firma digital sería firma certificada (en lo que se refiere a trámites ante la Administración Pública Nacional) y no lo sería (para otros trámites, documentos, etc.).

De esta forma, cabe preguntarse: ¿Es una interpretación razonable de la normativa el entender que la firma digital es firma certificada en un caso y no en otro? ¿Cuál sería el motivo por el cual, a la firma digital, utilizada para realizar trámites ante la Administración Pública Nacional, se le otorga el carácter de firma certificada, pero se veda de dicho carácter a la misma firma cuando se utiliza para realizar otros trámites?

La respuesta es sencilla: la firma digital es una firma certificada, pues no puede serlo y no serlo al mismo tiempo y en el mismo sentido.

III.2. Los caracteres propios de la firma digital hacen que sea una firma certificada en esencia

Tal como fuera analizado en el apart. II del presente, solo puede haber firma digital en la medida en que haya sido originada de un certificado digital emitido por un certificador licenciado con el certificado vigente u originada a través de una autoridad de registro. Lo cierto es que en todos los casos existe una validación de identidad y de otros datos de los solicitantes y suscriptores de certificados y se registran las presentaciones y trámites.

Así, más allá de la validez jurídica (equiparable a la firma manuscrita) y a la integridad e identidad de la firma digital (cualidades que exceden a la firma ológrafa), se indica que la firma digital posee “seguridad”: “Garantizada por la criptografía asimétrica. Contamos con el respaldo de instalaciones seguras y confiables para el almacenamiento de datos biométricos” (11).

Esto es, existe en toda firma digital una previa validación de la identidad del sujeto [con datos biométricos (12)] al cual se le otorga la firma digital. Por ello, en los hechos, la firma digital es una firma certificada.

Pero eso no es todo.

La propia Ley de Firma Digital y el Cód. Civ. y Com. le otorgan este carácter, en tanto no solamente tiene la misma validez jurídica que la firma manuscrita (arts. 2º y 3º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.), sino que, además, posee presunción de autoría (art. 7º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.) y presunción de integridad (art. 8º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.). Son todas cualidades propias de una firma certificada.

Es decir que la firma digital cuenta con la misma protección legal que la firma manuscrita, además de que permite presumir la integridad del documento digital al que pertenece.

Así, se puede concluir que la firma digital es, por naturaleza, una firma certificada.

III.3. La falta de otorgamiento expreso y uníforme (para todos los casos) del carácter de firma certificada a la firma digital

Ya se analizó que en la teoría puede sostenerse que la firma digital es, en rigor, una firma certificada; ahora se analizará que la discusión carece de impacto en los hechos. Esto es, que no tiene relevancia práctica.

En efecto, veamos. En lo que concierne al requisito de forma en los actos jurídicos, el Cód. Civ. y Com. establece como regla general la libertad. Dicha regla aplica siempre que la ley no establezca una formalidad determinada (art. 284), por lo que, en principio, no existe impacto si el documento se encuentra firmado con firma digital o con una firma certificada (si quisiera hacerse una distinción entre estos conceptos).

“La firma digital cuenta con la misma protección legal que la firma manuscrita, además de que permite presumir la integridad del documento digital al que pertenece”.

Es que el Cód. Civ. y Com. distingue entre: (i) *instrumentos particulares no firmados*, los cuales pueden constar en cualquier soporte; (ii) *instrumentos privados*, que son aquellos que, si bien pueden constar en cualquier soporte —incluso digital—, *deben estar firmados*; y (iii) *instrumentos públicos* [arts. 289 (13) y ss. del Cód. Civ. y Com.].

Conforme a lo hasta aquí analizado, un documento firmado con firma digital encuadra en los denominados instrumentos privados (art. 288, Cód. Civ. y Com.), y en nada importa si a la firma digital se le otorga o no el carácter de firma certificada.

Así, en lo que hace a la forma del documento no parece haber un impacto, ya sea que quiera o no reconocérsele a la firma digital el carácter de firma certificada. Esto es, siempre un documento firmado con firma digital sería un instrumento privado, quiera o no otorgársele además el carácter de firma certificada.

La contingencia entonces no estaría en la forma de instrumentación del documento. Corresponde entonces analizar si la contingencia

se encuentra en la prueba de la existencia del instrumento.

En este sentido, el Cód. Civ. y Com. dispone:

- Como principio general, existe libertad para probar los contratos en tanto “pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos” (art. 1019). Y, es más, el Cód. Civ. y Com. indica: “Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato” (art. 1020).

- En relación con los instrumentos particulares no firmados, su valor probatorio debe ser apreciado por el juez, ponderando, entre otras pautas: (i) la congruencia entre lo sucedido y narrado, (ii) la precisión y claridad técnica del texto, (iii) los usos y prácticas del tráfico, (iv) las relaciones precedentes, y (v) la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen (art. 319).

- En los instrumentos privados, existe libertad para probar la firma, y “El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado” (art. 314).

Ahora bien, tal como fuera indicado, la firma digital tiene:

- la misma validez jurídica que la firma manuscrita (arts. 2º y 3º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.);

- presunción de autoría, pues —salvo prueba en contrario— se presume que pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art. 7º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.); y

- presunción de integridad, toda vez que se presume que el documento digital que lleve inserta una firma digital no ha sido modificado desde la inclusión de la firma digital (art. 8º de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.).

Por ello, cabe preguntarse: ¿acaso la firma certificada no hace presumir —salvo redargución de falsedad— la identidad del firmante, y dicha presunción no se encuentra acaso en la naturaleza de la firma digital? ¿Cuál es entonces la diferencia práctica que existe en otorgar o no a la firma digital el carácter de firma certificada?

La respuesta es clara: la firma digital otorga en esencia presunción de identidad del firmante e integridad del documento, cargando sobre la persona que quiera cuestionar esa presunción el deber de probarlo (tarea no sencilla). Así, entiendo que tampoco existe contingencia probatoria en otorgarle o no a la firma digital el carácter de firma certificada.

En los hechos, no existe ninguna diferencia práctica entre atribuirle o no a la firma digital la cualidad de firma certificada.

IV. Conclusión

En el presente se analizaron los caracteres de la firma digital, la cual, una vez insertada en un

(1) Publicada en el BO del 14/12/2001.

(2) El art. 288 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”.

(3) La Ley de Firma Digital establece en su art. 9º que la firma digital solo será válida si cumple con los siguientes requisitos: (i) haber sido creada durante el período de vigencia

del certificado digital válido del firmante; (ii) ser debidamente verificada según el procedimiento de verificación correspondiente; y (iii) que dicho certificado haya sido emitido por un certificador licenciado. Esto mismo se reitera en el decreto reglamentario (conforme se define más adelante).

(4) Véase <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/administrativa/firmadigital>.

(5) En el siguiente link se detallan las actuales autoridades de registro: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/administrativa/firmadigital/firmadigitalremota/autoridadesderegiotropfdr>. Al respecto, ver cap. IV del decreto

reglamentario (conforme se define más adelante).

(6) Publicado en el BO del 12/03/2019.

(7) Ver art. 2º del anexo del decreto reglamentario previo a su modificación por el dec. 774/2019 (publicado en el BO del 19/11/2019).

(8) JNFed. Civ. y Com. N° 5, 24/09/2019, “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros s/ incidente de medida cautelar”.

(9) Publicado en el BO del 19/11/2019.

(10) ARISTÓTELES, “Metafísica”, Libro Undécimo, § 1059a-1069a.

(11) Véase <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/administrativa/firmadigital>.

(12) Según la definición del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), los datos biométricos son aquellos datos personales referidos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona que posibiliten o aseguren su identificación única. Por ejemplo, imágenes faciales o huellas dactilares.

(13) Conf. art. 289 del Cód. Civ. y Com.: “Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los

documento, hace que este sea de los denominados instrumentos privados (sin importar si además se la considera certificada o no).

A su vez, se estudió que solo puede haber firma digital en la medida en que haya existido una previa validación de la identidad de aquel que pretende insertar la firma digital en un documento (por haber sido originada de un certificado digital emitido por

un certificador licenciado con el certificado vigente o a través de una autoridad de registro).

Por ello, conforme a la normativa aplicable, la firma digital otorga presunción de identidad del firmante e integridad del documento. Todo aquel que quiera refutar que un documento firmado con firma digital no se corresponde al supuesto firmante debe cargar con la prueba.

funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; c) los títulos emitidos por el Estado Nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes

que autorizan su emisión”.

(14) Acuña por Publilio Sirio, durante la época tardía de la República romana.

Así, y en respuesta a la pregunta con la que se comenzó este artículo, entiendo que la firma digital es fáctica y jurídicamente una firma certificada. Pero, incluso cuando no quiera otorgársele este carácter —discutiéndolo en un plano netamente teórico—, no existiría una consecuencia jurídica práctica. Esto, en tanto no tendría ninguna diferencia: (i) en el tipo de documento: seguiría siendo un instrumento privado; ni (ii) en la prueba: dada la presunción de autoría e integridad que otorga la firma digital, que resulta muy difícil de derrocar.

En suma, como bien dice el adagio latino, *necessitas non habet legem* (la necesidad no tiene

ley) (14); si el derecho no atiende a la naturaleza real de las cosas, la realidad termina por prevalecer. Además, las cosas son lo que son, con independencia del rótulo que se les imponga. Dadas las características propias de la firma digital, resulta indistinto que quiera o no otorgársele expresamente y en forma universal el carácter de firma certificada.

Cita on line: AR/DOC/2879/2020

La formación de las abogadas y los abogados ante la digitalización del proceso

Mario Adaro

Juez de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Estamos insertos en una nueva era, la Era Digital o Cuarta Revolución Industrial, también denominada Era Exponencial, donde hay una mutación del espacio y del tiempo. Hoy, la sociedad se encuentra inmersa en la incertidumbre y en la necesidad de adaptarse a los cambios rápidos y a las estructuras inestables, tal como lo explicitó hace algunos años el sociólogo y filósofo Zygmunt Bauman.

En 2014, Stefano Rodotà nos anunciaba que “se avecina lo que un grupo de investigadores de la Unión Europea ha calificado como un tsunami digital, que puede dar un vuelco a los instrumentos jurídicos que garantizan la identidad e incluso la libertad de las personas. Está entre nosotros una radical transformación de nuestras organizaciones sociales...” (1).

Es decir, la Era Digital ha transformado la manera de actuar y relacionarse de las personas, los Estados y las organizaciones. Los profesionales del derecho no escapan a esta realidad, sino que están llamados a ser actores activos en este nuevo devenir del futuro. La tecnología nos atraviesa en todas las áreas de la vida, incluida nuestra vida profesional/laboral. Surgen así nuevos intereses, conflictos, relaciones jurídicas, obligaciones, responsabilidades y derechos.

La situación de pandemia de COVID-19 ha acelerado y profundizado la incorporación de tecnologías en todos los ámbitos de la persona humana y de las organizaciones tanto públicas como privadas, incluidos los Poderes Judiciales, realidad que no es solo local, sino global.

Así, se acentuaron o aceleraron nuevas formas y nuevos mecanismos de relación entre el abogado y su cliente (videollamadas, ratificaciones o poderes escaneados o fotografiados, intercambio de correos electrónicos), y entre el abogado y los tribunales. Entre ellas, las audiencias remotas, por medio de diversas aplicaciones (Microsoft Teams, Zoom, Google Meet, Jitsi, Hangouts, Skype, WhatsApp, videollamadas), la amplitud de formas en las notificaciones (electrónicas, correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales), diversas aplicaciones de ingreso de escritos (p. ej., en

Mendoza surgió la Mesa de Entradas de Escritos Digitales —MEED—, la gestión digital de los casos (expedientes digitales, firma digital/electrónica), la adaptación de los sistemas informáticos a una gestión digital de los casos, es decir, mutar del ambiente físico, analógico, al mundo y ecosistema digital.

En este sentido, con un equipo interdisciplinario, estamos trabajando en Mendoza en un Proyecto de Ley de Gestión Judicial Tecnológica, que tiene por principal objetivo dotar a la administración de justicia y su interrelación con el justiciable y los auxiliares de justicia de un marco normativo para la implementación y el uso de tecnologías emergentes. Ello conlleva diseñar nuevos canales procesales para los usuarios tanto internos como externos en el ámbito judicial. Así, aparecen nuevas categorías procesales, tales como identidad digital, domicilio electrónico único, sede electrónica judicial, comunicación interoperativa, entre otras, y nuevos principios procesales digitales, como inclusión y accesibilidad, inmutabilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y trazabilidad; en definitiva, se trata de pensar el proceso judicial en clave tecnológica, y de ahí surgirá lo que conoceremos prospectivamente como el “debido proceso digital”.

La aldea global es testigo de la irrupción de nuevas tecnologías, las tecnologías emergentes, como internet de las cosas (o IoT, por la expresión en inglés *internet of things*), robótica, inteligencia artificial (IA), *big data*, *blockchain*, desarrollo de la impresión 3D, de la nanotecnología, de la biología, la bioética y la bioquímica, el reconocimiento facial y los perfilamientos, cuyos efectos impactan en la vida diaria, aunque “la tecnología más disruptiva de la Cuarta Revolución Industrial que atravesamos es la inteligencia artificial” (2).

En 2015 se realizaron las primeras pruebas de vehículos autónomos; en 2018, Tesla —auto autónomo— ya realizaba recorridos completos, lo cual nos permite pensar que no es de ciencia ficción que vehículos sin conductor dominen nuestras rutas e incluso las rutas aéreas. El uso de drones es una tecnología extendida en el mundo.

En el ámbito jurídico, encontramos a nivel global las experiencias de *softwares* automatizados para la elaboración de escritos judiciales, contratos inteligentes (*smart contracts*), abogados andróides o *cyborg* (*abogado robot* Ross), algoritmos para la resolución de disputas legales y para la predicción de las sentencias (Watson-IBM), el uso de IA para los sistemas judiciales (caso de

Prometea, un sistema inteligente que tuvo sus inicios en agosto de 2017 en la Fiscalía General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires) y/o jueces robots (Estonia —en 2019— ya se encuentra en la primera fase y prueba piloto del proyecto de jueces robots, es decir, implementación de IA para decisiones jurisdiccionales). En similitud, China presentó (en 2019) el Tribunal de Internet de Pekín, un centro de litigios en línea en el que un juez de apariencia femenina, con cuerpo, expresiones faciales, voz y gestos —todo ello modelado sobre la base de un ser humano que, incluso, “respira”—, basado en la IA, resolverá litigios simples, aunque en esta primera fase funcionará de apoyo a los jueces de verdad (3).

Surge así un interrogante que es de permanente presencia: ¿la revolución de lo digital, el auge de los robots, de la IA, la velocidad incomparable de los cambios tecnológicos, dejarán al mundo sin los empleos tradicionales, sin abogados, médicos, contadores, enfermeros, docentes? ¿La humanidad se encamina a la destrucción de los puestos de trabajo? ¿Los robots, las máquinas, reemplazarán a los humanos? Claramente no; la tecnología ha venido a complementar y a especializar los oficios y profesiones.

Por ejemplo, desde la órbita de la IA, su desarrollo propenderá al reemplazo de los oficios o tareas repetitivas por la automatización y predicción, pero generará tiempo, recursos y menos costos a las organizaciones públicas y privadas para centrar el foco en tareas/desarrollos profesionales más cualificados y gratificados. Cambia la manera, la forma de trabajo, y transforma la vida del usuario. El ejemplo que sin dudas más nos enorgullece en Latinoamérica es el de Prometea, no solo por su impacto en las experiencias aplicadas en organizaciones judiciales, sino porque surge de un equipo de innovación y transformación dentro del propio ámbito público. Este desarrollo fue recientemente adoptado por la Corte Constitucional de Colombia en su versión “Pretoria”.

El reto se encuentra en la capacidad para captar la magnitud-velocidad del cambio y cómo adaptarse a este nuevo tiempo.

La sociedad del conocimiento es la sociedad de la información, del dato, de su selección, crítica y tratamiento, lo que provoca dar luz al conocimiento. “La sociedad crea datos y más datos y cada vez existen más dispositivos y más eficientes para almacenarlos. Los datos son vistos como

una infraestructura o un capital en sí mismos para la organización ya sea pública o privada que disponga de ellos” (4). Actualmente presenciamos el desarrollo de la *big data* y la economía del conocimiento, donde el dato se ha transformado en un factor de producción.

“Los profesionales del derecho tienen el desafío de bucear en el paradigma de los liderazgos situacionales o transformadores, potenciando el carisma, el pensamiento crítico, la motivación, el estímulo intelectual, el pensamiento innovador, la inteligencia emocional/social, el pensamiento computacional y la consideración hacia el otro”.

Frente a este escenario, el éxito futuro dependerá de cómo gestionemos esta realidad, permitiendo mejorar la vida laboral, la productividad y una mejor calidad de vida personal. Tal como vaticina Richard Susskind, “los líderes del sector coinciden en que la abogacía está entrando en un período de transformación [...], mi propio pensamiento también ha evolucionado”.

Por tanto, los desafíos en la formación y ejercicio de la abogacía se dan en tres grandes áreas:

1. *Habilidades y competencias*: Los cambios que la tecnología ha inaugurado implican nuevos saberes, competencias y habilidades, donde merma o disminuye el trabajo físico o intelectual repetitivo y se acentúa el conocimiento aplicado.

En cuanto a las habilidades, los profesionales del derecho tienen el desafío de bucear en el paradigma de los liderazgos situacionales o transformadores, potenciando el carisma, el pensamiento crítico, la motivación, el estímulo intelectual, el pensamiento innovador, la inteligencia emocional/social, el pensamiento computacional y la consideración hacia el otro. Es decir, impera un enfoque activo, de entusiasmo, de co-creación, de competencias compartidas, de innovación, capaz de concebir una visión y promoverla, de resiliencia. Se suma el aprendizaje en nuevos medios de comunicación, nuevos sistemas de alfabetización digital, la interconectividad global y permanente.

(1) RODOTÀ, Stefano, “El derecho a tener derechos”, Ed. Trotta, Madrid, 2014, p. 298.

(2) CEVASCO, L. - CORVALÁN, J. - LE FEVRE, E., “Inteligencia arti-

ficial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo”, Ed. Astrea - DPI Cuántico - IALab - IModev, Buenos Aires, 2019, p. 10.

(3) Ver <https://confilegal.com/20191013-china-y-estonia->

desarrollan-jueces-virtuales-basados-en-inteligencia-artificial-para-resolver-demandas-de-cantidad/.

(4) MONLEÓN-GETINO, Antonio, “El impacto del big-data en la so-

ciudad de la información. Significado y utilidad”, *Historia y Comunicación Social*, vol. 20, nro. 2, Universidad de Barcelona, 2015, p. 428; versión electrónica: <http://dx.doi.org/10.5209/>

En este marco, aparecen las competencias transversales, entendidas como aquellas competencias genéricas que se relacionan con la puesta en práctica integrada de aptitudes, rasgos de personalidad, conocimientos y valores adquiridos. Al respecto, en 2015, REFLEJAR (5), en el documento de fundamentos del plan de acción para la concreción de la currícula de las Escuelas que lo integran, en la temática sobre el perfil del juez, enunciaba la necesidad de dar valor y desarrollar competencias y habilidades transversales, o no jurídicas.

“Para la academia, el desafío se encuentra en modificar sustancialmente las currículas, principalmente incorporando nuevos saberes, competencias y habilidades que permitan el desarrollo de graduados insertos en un mundo que camina con la tecnología”.

Es decir, estas competencias transversales implican competencias técnicas: el conocimiento técnico jurídico y procesal; competencias relacionales, que hacen a la flexibilidad en las relaciones interpersonales, como la gestión del conflicto, la capacidad de escucha y empatía; competencias funcionales: trabajo en equipo, interdisciplinariedad, cooperación, colaboración, autogestión, planificación, adopción de decisiones permanentes y gestión de la información; competencias analíticas, que son aquellas habilidades intelectuales de análisis y síntesis para realizar las tareas de manera eficaz; y competencias personales: esto es, un alto sentido ético, ser capaz de aprender y actualizarse permanentemente, ser flexible. Se sintetiza en la confiabilidad, integridad, aprendizaje permanente, comprensión e integración social (6).

En síntesis, como nos enseña Ana Catalano (OIT), “la exigencia de capacidades abiertas al aprendizaje permanente y a la transmisión de saberes y de experiencias. Estas nuevas competencias implican capacidades cognitivas más sofisticadas, capacidades de interpretación, de traducción a algoritmos y fórmulas codificadas para la programación de equipos inteligentes. Los trabajadores deben ser capaces de integrar conocimientos que proceden de diversas áreas de estudio y actuación, de generar juicios críticos a partir de informaciones que pueden ser incompletas o limitadas para tomar decisiones que involucren valoraciones éticas, sociales y productivas. Se les exige autonomía y autorresponsabilidad por sus actos. Se les requerirá competencias o habilidades cognitivas que superan la formación meramente técnica. Son ‘metacapacidades’ ‘que están más allá del aprendizaje de contenidos, de técnicas y de procedimientos’” (7).

2. *Nuevos espacios curriculares en las universidades:* La formación académica universitaria implica una trayectoria del conocimiento, la disciplina y la práctica científica. Las competencias técnicas deben ser actualizadas en forma permanente conforme a los nuevos retos, desafíos, empleos y conflictos sociales que aparecen en las sociedades. Esto implica que las universidades y las políticas educativas universitarias deberán ser empáticas y flexibles a las demandas constantes y renovadas a partir de los cambios e impactos que la tecnología está realizando. Ello no escapa a las carreras de abogacía, donde, por ejemplo, se debe pensar en la incorporación del pensamiento computacional, el conocimiento de las tecnologías emergentes, la ética en el uso de la IA, las nuevas dimensiones de la identidad y la ciudadanía digital, los procesos digitales y sus formas de manifestarse, entre muchas otras innovaciones. Ello, principalmente, porque el principal rol del operador jurídico es resolver efectiva y ágilmente los problemas de los ciudadanos, lo cual está obligándonos a repensar el ejercicio de la profesión.

“La formación profesional adquiere, en el mundo actual, un carácter estratégico. Es el instrumento privilegiado de la formación continua o a lo largo de la vida. También constituye un pivote del desarrollo económico sostenido y del empleo decente” (8).

3. *Nueva organización o conformación de estudios jurídicos transversales:* Fundamentalmente con especialización en políticas de cumplimiento normativo (compliance). La incorporación de la interdisciplina, las pautas del marketing, los servicios de cloud computing, la gestión digital de escritos y el trabajo en equipo respaldan los nuevos desafíos para la eficiencia y calidad del servicio jurídico. El reto, en síntesis, es conocer los nuevos modelos de negocios, el mundo del conocimiento, las nuevas formas jurídicas que aparecen: identidad digital, validaciones, perfiles, entre muchas otras, y principalmente la incorporación de estas nuevas tecnologías en los despachos jurídicos y en las dependencias judiciales.

En conclusión, lejos de pensar que las profesiones liberales, como la de la abogacía, van a ser suplantadas y eliminadas en un futuro próximo, considero que ellas deben ser centrales en el aporte a los desafíos de la vida digital. La tecnología es una herramienta, es complementaria al desarrollo profesional, en este caso, de los abogados u operadores del derecho. Un primer desafío se encuentra no solo en las competencias curriculares jurídicas que deberán ser adaptadas conforme a los nuevos institutos o herramientas procesales digitales, sino en incorporar nuevas competencias y habilidades para comprender, interactuar y protagonizar la vida digital. La sociedad debe preparar a las nuevas generaciones.

La capacidad digital se mide en el uso de la *big data*. La generación, la gestión, la sistematización y la interpretación del dato es la llave de la innovación y de las ventajas competitivas.

El ecosistema digital nos interpela con estas exigencias y debe ser escuchado desde los diversos ámbitos. Para la academia, el desafío se encuentra en modificar sustancialmente las currículas, principalmente incorporando nuevos saberes, competencias y habilidades que permitan el desarrollo de graduados insertos en un mundo que camina con la tecnología. La interdisciplinariedad y la colaboración de distintas ciencias y saberes permitirán tener un mayor conocimiento y una mejor respuesta a los requerimientos que se atraviesan.

Ivan Bofarull, hace unos días, expresaba que “la disrupción es una forma de innovación, ya que es un proceso que crea un valor nuevo. Además, es un tipo de innovación que hace que lo anterior se vuelva obsoleto, ya sea un producto, un servicio o un hábito. La disrupción provoca un reemplazo. Por eso, en el entorno actual de la COVID-19 es crucial la disrupción: al cambiar muchos ámbitos de manera forzada, hay una ventana que nos invita a ese reemplazo” (9).

Desde este contexto, podemos decir que vamos desde la innovación impuesta a la transformación consensuada. La realidad actual nos empuja a los profesionales del derecho a asumir un rol activo, de tutela preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipatoria, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaboradora; a ser agentes de cambio social. Es decir, asumir una responsabilidad social digital.

Dicha responsabilidad contribuye a forjar una sociedad ética, solidaria y democrática. La solidaridad es responsabilidad, y esta se traduce en un compromiso ético ante la historia. Una sociedad ética es una sociedad regida por la solidaridad. La solidaridad expresa la condición ética de la vida humana.

Cita on line: AR/DOC/2881/2020

rev_HICS.2015.v20.n2.51392.

(5) REFLEJAR es el Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS).

(6) Se puede profundizar sobre las competencias en PERE-

DA GÁMEZ, F. J., “Reflexiones sobre competencias y sobre la competencia decisoria de los futuros jueces en la Escuela Judicial española”, *Revista de Educación y Derecho* (Education and Law Review), nro. 3, octubre/2010.

(7) CATALANO, Ana, “Tecnología, innovación y competencias ocupacionales en la sociedad del conocimiento”, OIT,

2018, documento 22, p. 5.

(8) CATALANO, Ana, “Tecnología, innovación y competencias ocupacionales...”, ob. cit., p. 37.

(9) Entrevista a BOFARULL, Ivan, rev. *Retina* del 15/07/2020, *El País*, versión electrónica: https://retina.elpais.com/retina/2020/07/15/innovacion/1594846081_302837.html. Ivan

Bofarull es el máximo responsable de innovación de Esade y ha sido codirector del Challenge for Business Innovation de elBullifoundation. Además, fue asesor para estrategia global en la Georgetown University y es ponente habitual de innovación disruptiva en foros como el Mobile World Congress, Lego Education o MIT Solve, entre otros.

El derecho de defensa en un nuevo contexto

Alejandra M. Alliaud

LLM por la CWSL; especialista en Derecho Penal; profesora adjunta interina UBA; jueza nacional en lo Criminal y Correccional.

I. Introducción. La nueva normalidad en la justicia penal 2020

Desde marzo de 2020 a la fecha, todos nos hemos visto enfrentados a la cuestión de cómo desarrollar nuestras actividades cotidianas, personales y profesionales en un nuevo contexto.

En lo que atañe al trabajo desde los tribunales, la llamada nueva normalidad nos ha puesto en situa-

ción de desarrollar diferentes estrategias a través de herramientas hasta ahora poco utilizadas para poder continuar con la investigación y el juzgamiento de conductas reñidas con la ley penal.

Los tribunales —fiscalías, defensorías, abogados de la matrícula, juzgados— son los llamados a poner en movimiento el proceso, de acuerdo con el derecho procesal penal en tanto resulta ser “la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que, cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal” (1).

Desde algunos años a esta parte el sistema de administración de justicia penal tradicional se ha visto puesto en jaque con las reformas procesales —desde la incorporación de un verdadero proceso adversarial y el sistema de flagrancia— que obligó

a los tribunales a desarrollar modelos más transparentes y eficientes de justicia.

Celebro que a partir de esas reformas los jueces nos hayamos visto obligados a resolver las cuestiones para las que hemos sido llamados de cara a las partes y sobre todo a quienes van dirigidas nuestras resoluciones: víctimas e imputados. Es que esas reformas no son más que lo que la Constitución reclama, un sistema de administración de justicia que se desenvuelva en contexto de oralidad, publicidad, concentración, celeridad, contradicción e inmediación.

El contexto mundial de principios de 2020 ha profundizado esa coyuntura, no solo a nivel local o nacional, sino también a nivel regional. Es que, además de la oralidad, la informalidad y el ejercicio de diversos procesos novedosos como los que van de la mano de la oportunidad nos ha exigido que todo eso se desarrolle —a riesgo de ralentizar los procesos— a través de diversas plataformas techno-

su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado

lógicas que impiden que la inmediación sea física, pero que continúan exigiéndola.

Desde esa situación es que escribo estas líneas, convencida además de la necesidad y la obligación de que los jueces continuemos con nuestras tareas —aun cuando no estemos en la sala de audiencias— y que ello se desarrolle conforme a las garantías constitucionales que el proceso penal reclama.

Es desde esa noción rectora que en lo que sigue postularé que es posible continuar administrando justicia desde las plataformas virtuales porque ellas nos permiten la contradicción y la inmediación sin merma alguna para las garantías de aquellos sometidos a proceso, puesto que el derecho de defensa en juicio continúa siendo un continuo en el proceso.

Y por ello es por lo que en lo que sigue haré hincapié en cómo es posible garantizar ese derecho, aun a través del uso de plataformas virtuales.

II. Del derecho de defensa en juicio (2)

El derecho de defensa en juicio en el contexto de un proceso penal reclama al mismo tiempo

(1) MAIER, Julio B. J., “Derecho procesal penal. Fundamentos”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, 2ª ed., p. 75.

(2) CADH, art. 8º. Garantías judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, indepen-

varias cuestiones: conocer la imputación (3), conocer cuál es la evidencia de cargo, tener acceso al consejo de defensa técnica, tener la posibilidad de ejercer la defensa de manera personal, tener la posibilidad de contradecir la evidencia de cargo, de negar los hechos o en su caso plantear que ellos se desarrollaron de manera distinta a lo que sostiene la acusación (dicho en breve: tener la posibilidad de plantear una teoría del caso distinta a la de la acusación).

Esto que Binder denomina “garantía del hecho” (4) es lo que también señalaba Maier: “para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuye haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal se conoce como imputación” (5).

El derecho de defensa incluye el de contar con la asistencia gratuita de un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del tribunal (art. 8º, inc. 2º, apart. a), CADH) y sobre ello la Corte IDH estableció que consiste en asegurar que las personas “puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales [...], facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin” (6).

En la misma sentencia la Corte IDH, interpretando el derecho a conocer la imputación, indicó que “el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos”; y que esta información debe ser “expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre su versión de los hechos” (7).

También el derecho de defensa en juicio engloba el derecho a tener un juicio rápido y sin dilaciones, tener la posibilidad de contradecir esa prueba de cargo, proponer y aportar evidencia distinta conforme a su propia teoría del caso, tener la posibilidad de conocer la resolución a la que el tribunal arriba, derecho a la correlación entre los hechos imputados y los hechos por los que recae la condena (8) y tener la posibilidad de solicitar la revisión de la resolución a la que se arriba. Así, todos esos derechos devienen necesarios ante el derecho de defensa en juicio.

Conocido es que el derecho de defensa en juicio está exigido por el art. 18 de la CN, así como por los instrumentos internacionales de derechos humanos, ahora jerarquía de constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Y de tal modo lo viene sosteniendo la CS desde antaño, interpretando el art. 18 de la CN, tal como lo señalara en “Tarifeño” (9), al indicar que las formas sustanciales del juicio requieren de acusación, defensa, prueba y sentencia. Y nótese aquí que “Juicio y sentencia [pueden considerarse] sinónimos, en tanto la sentencia de condena es el juicio del tribunal que, al declarar la culpabilidad del imputado, determina la aplicación de la pena” (10), lo que me lleva a afirmar sin embargo que no puede imponerse una pena sin un proceso previo guiado por el derecho procesal penal.

Lo dicho encuentra correlato en lo dispuesto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre

Derechos Humanos. La Corte IDH ha sentenciado que las garantías judiciales contenidas en el art. 8º de esta última se refieren a la exigencias del debido proceso, que identificó como el “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos” (11).

Tal como lo había señalado la CS en el *leading case* “Mattei” (12) a mediados del siglo pasado, la Corte IDH ha interpretado “la ahora contenida constitucionalmente cláusula del plazo razonable” indicando que “debe medirse en relación con una serie de factores tales como la complejidad del asunto sometido a proceso, la conducta del inculpa- do y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso” (13).

Es que ya Maier sostenía que “La reglamentación rigurosa del derecho a ser oído no tendría sentido si no se previera también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende y sobre lo cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, lesiona el principio estudiado” (14).

Recuérdese que la CS resolvió en “Benítez” (15), interpretando el art. 8.2.f, CADH, que también forma parte del derecho de defensa en juicio la oportunidad de control que sobre la prueba de cargo debe contar cualquier imputado. Esa garantía la hizo extensiva la Corte IDH para quienes aparecen como víctimas de los hechos del proceso (16).

Sobre el *nemo tenetur* la Corte IDH aclaró que además se tiene que respetar “en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales que, de no someterse a tales garantías, pueden tener un impacto desfavorable no justificado sobre la situación jurídica de la persona de que se trata” (17).

Del mismo modo en el que se ha expedido la CS en Fallos 329:4248 la Corte IDH ha indicado que el derecho a una efectiva defensa técnica incluye que el defensor pueda asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos, la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten sus derechos, ejecutar un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas, así como además que el investigado tenga acceso a la defensa técnica desde el momento en que se ordena una investigación sobre su persona, en particular en la diligencia en la que se recibe su declaración (cf. Corte IDH, caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”, párrs. 61 y 62).

Tal vez la garantía más interpretada por la Corte IDH ha sido la que indica que cualquier imputado tiene derecho a recurrir una sentencia, sin perjuicio del *nomen iuris* del recurso, pues “lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (18).

III. De aquello que fue hecho. La serendipia: la pandemia acabó con la lucha por el dominio del expediente

A partir del contexto de aislamiento y del ASPO en particular (DNU 297/2020 y ss.) los jueces fuimos llamados a idear formas distintas para continuar con nuestra actividad, justamente para

no demorar los procesos a propósito del derecho de todo imputado a tener un pronunciamiento en tiempo y forma. Desde ese lugar y profundizando en el uso de diversos sistemas tecnológicos como el Lex 100, por ejemplo (que es el sistema informático utilizado por la Justicia Nacional), proseguimos con la tramitación de las causas continuando con los actos propios de nuestra función. Por ello desde el mes de marzo continuamos con nuestra labor llamando a prestar declaración indagatoria a aquellas personas que entendíamos que reunían los requisitos del art. 294 del Cód. Proc. Penal, corriendo la vista por el art. 180 del Cód. Proc. Penal, resolviendo luego de las indagatorias que se habían producido, corriendo las vistas por los arts. 346 y 349 del Cód. Proc. Penal, resolviendo excarcelaciones, pedidos de morigeración, de detención, concediendo apelaciones y resolviendo reposiciones, atendiendo los turnos de *habeas corpus* y demás labores propias de la función.

Todo esto, claro está, no se efectuó llevando ni trayendo ningún expediente ni hacia ni desde ningún lugar, ni con presentaciones en papel dejadas en las mesas de entradas de los juzgados, sino efectuando todos los trámites necesarios a través del propio sistema informático. En algunos casos, además se avisó a las partes vía correo electrónico o con un llamado telefónico de modo de alertarlas sobre lo resuelto en el proceso. También, en otros casos se les remitió a los interesados una copia de la resolución vía *e-mail* o telefónica cuando por alguna razón los sistemas públicos o incluso los privados a través de los que los abogados de la matrícula acceden al Lex 100 por alguna razón les impedía tener acceso a lo resuelto o a otras piezas procesales necesarias.

Del mismo modo comenzó a trabajarse con la Policía ya que las elevaciones de los sumarios fueron realizadas de modo virtual, escaneando lo actuado en papel y remitiendo los sumarios y las actuaciones complementarias de esa manera desde las comisarias a los juzgados y las fiscalías. Y otro tanto se hizo desde de los distintos juzgados, digitalizando todo lo que estaba en papel para que quien consultase los expedientes vía remota tuviese acceso a la totalidad de las piezas que integran la causa.

“Es posible continuar administrando justicia desde las plataformas virtuales porque ellas nos permiten la contradicción y la intermediación sin merma alguna para las garantías de aquellos sometidos a proceso, puesto que el derecho de defensa en juicio continúa siendo un continuo en el proceso”.

Con ello nos aseguramos de que todo expediente en papel o aquellas actuaciones no digitalizadas lo estuvieran de modo que cualquiera de las partes o de los autorizados a ver el expediente pudiera acceder a él y conocer la evidencia reunida hasta el momento, así como las resoluciones que se habían tomado y también las peticiones que se habían efectuado.

Rápidamente nos dimos cuenta de que, si bien años de estudio universitario y de trabajo nos ha-

bían acostumbrado a pasar el papel de las hojas de los expedientes con los dedos —al mejor estilo de “El nombre de la rosa” de U. Eco— era también posible “tomar vista” y “conocer” una causa a través de lo subido a esas plataformas.

Cuando hablo aquí de plataformas hago referencia al Lex 100 por las razones antes mencionadas, pero es posible de afirmar eso respecto de cualquier sistema informático que permita a todos los intervinientes no solo ver sino también subir peticiones, por ejemplo. En el mismo sentido, podría pensarse en el sistema SIMP utilizado por todos los órganos de justicia de la provincia de Buenos Aires (fiscalías, defensorías y juzgados de garantías) y del sistema Augusta utilizado por los órganos de juicio de la provincia de Buenos Aires, por citar solo algunos.

Una ventaja adicional de estas plataformas es que el expediente papel ya no resulta rehén de ninguna de las partes ni tampoco de los jueces: que si puede o no verse, que si está a despacho o no lo está, que si puede consultarse o no en un horario determinado, que “justo pasó a resolver”, y demás frases con las que todos nos hemos moldeado en una tradición escrituraria y que de algún modo perpetuamos en el tiempo ya no es posible pronunciar. Nadie veta la posibilidad a nadie de acceder al expediente digitalizado y esto permite que las partes y los juzgados puedan al mismo tiempo trabajar sobre él.

El expediente se ha democratizado. Las plataformas y la existencia de un expediente digital o digitalizado brindan a fiscalías, defensas y juzgados la posibilidad de tener un acceso igualitario. Nadie resulta dueño/a del expediente. Nadie le dice a nadie que no puede verlo o que tiene que esperar su turno para poder hacerlo. La pandemia rompió ese dominio exclusivo y excluyente sobre el expediente.

Acaso esta serendipia nos permita reflexionar y avanzar hacia modelos de recopilar evidencia en las investigaciones preliminares diferentes, en donde el papel no sea lo determinante ni el rehén de demostraciones de poder.

IV. Del aislamiento, la feria judicial y la posición de las defensas públicas y particulares

A partir del contexto de aislamiento y del ASPO en particular (DNU 297/2020) los jueces fuimos llamados a idear diferentes formas de continuar con nuestra actividad justamente para no ralentizar el derecho de todo imputado a tener un pronunciamiento en tiempo y forma, cumpliendo con el mandato de la máxima autoridad judicial que mantuvo la feria judicial hasta el mes de julio del corriente año.

Sin embargo, desde las defensas, tanto las públicas (defensores oficiales) como las de fianza (defensores particulares), comenzaron a realizarse planteos que tenían como objeto la no continuación del trámite de las causas mientras continuara la feria judicial, aun cuando la Cámara del fuero ya había postulado la posibilidad de continuar con el trámite de las actuaciones aun en los casos de causas en las que no hubiera personas detenidas (19).

Ante esas peticiones, las distintas salas de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, entre los meses de mayo y julio de este año, fueron rechazando las presentaciones aludiendo

o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpa- do de la acusación formulada; c) concesión al inculpa- do del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpa- do de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpa- do no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser

obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpa- do solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpa- do absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. Su sistematización y alcance encuentra concordancia con el art. 14 del PIDCP y arts. 10 y 11 de la DUDH. (3) MAIER, Julio B. J., ob. cit., ps. 553 y ss. (4) BINDER, Alberto, “Elogio a la audiencia oral y otros ensayos”, Ed. UNAM, Nuevo León, 2014, p. 23. (5) MAIER, Julio B. J., ob. cit., ps. 553 y ss.

(6) Corte IDH, 26/11/2008, “Tiu Tojin vs. Guatemala”, serie C, nro. 190, párr. 100. (7) Corte IDH, 07/09/2004, “Tibi vs. Ecuador”, serie C, nro. 114, párr. 187. (8) Sobre ello CIDH, 26/05/2005, “Fermín Ramírez vs. Guatemala”. (9) Fallos 325:2019 (10) MAIER, Julio B. J., ob. cit., p. 478. (11) Corte IDH, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8 CADH, opinión consultiva OC-9/87, 06/10/1987, serie A, nro. 9, párr. 27). (12) Fallos 272: 188 (13) Corte IDH, 01/02/2006, “López Álvarez vs. Honduras”, se-

rie C, nro. 141, párr. 132. (14) MAIER, J. B., ob. cit., p. 568. (15) Fallos 329:5566 (16) Corte IDH, 30/05/1999, “Castillo Petrucci y otros vs. Perú”, serie C, nro. 52, párr. 155. (17) Corte IDH, 27/11/2003, “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, serie C, nro. 103, párrs. 120 y 121. (18) Corte IDH, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párr. 165 y 23/11/2012, “Mohamed vs. Argentina”, serie C, nro. 255 párr. 100. (19) Buenos Aires, 12 de mayo de 2020. A partir de lo dispuesto en el Decreto 459/2020 del Poder Ejecutivo Nacional (continuidad del aislamiento social, preventivo y obliga-

a diversos motivos, tal como se ejemplifica con algunas de las resoluciones que fueron tomadas.

a) Sala I, CNCrim. y Correc. 63500/2019/CA1, "G. C."; V. - Mal concedido JNCrim. y Corr. N° 23, del 09/06/2020, donde intervino ante un planteo efectuado por la defensa oficial por la convocatoria a prestar declaración indagatoria.

En la reseña explicaron los jueces que el agravio de la defensa se circunscribía a que "la magistrada de grado omitió expresar los motivos por los cuales se verifican los supuestos de excepción que habilitan la continuidad del proceso en la feria extraordinaria por la propagación de la pandemia 'COVID-19', cuyo objeto procesal es ajeno a las especificaciones de las acordadas 14/2020 y 16/2020 de la CS" y que "tampoco presenta alguna particularidad que merezca su urgente tramitación".

En su resolución, los jueces entendieron, al contrario de la defensa, que "la jueza de grado habilitó la feria brindando las razones por las cuales debía continuarse con la prosecución de la investigación y, además, su decisión luce ajustada a las facultades acordadas el 27 de abril pasado por esta Cámara, mediante la cual expresamente se autorizó la práctica de actos procesales remotos, en causas sin detenidos, cuando el juez los considere adecuados para la continuidad del servicio de justicia, conforme a los lineamientos de los puntos 4 y 5 de la acordada 13/2020 de la CS". Argumentaron que "entender las ejemplificaciones puntualizadas en esas disposiciones de un modo restrictivo, como pretende el recurrente, contraría el espíritu de brindar un adecuado servicio de justicia y conculca el derecho de la persona sometida a proceso a ser juzgada sin demoras innecesarias y en un plazo razonable".

Y tajantemente señalaron: "[e]n todo caso, no impulsar un proceso durante este periodo es lo que admitiría el análisis por esta Alzada (art. 151 del Reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional). En el caso, es la propia defensa la que intenta paralizar el estado de las actuaciones, que claramente va en detrimento de un efectivo ejercicio de sus derechos, por lo que su planteo aparece direccionado a evitar el avance de la investigación y cuestionar por esta vía, la convocatoria de su asistida a prestar declaración indagatoria, lo que admite en su presentación, como irrecurrible".

b) Sala IV, CNCrim. y Correc. 77955/2019, "Taquichiri Villaroel, H. G. s/ habilitación de feria", rta. 17/06/2020, en la que la intervención se produjo por la apelación de la defensa oficial contra el auto que habilitó la feria extraordinaria para el trámite de las actuaciones y ordenó recibir la declaración indagatoria del imputado. Allí sostuvieron los jueces: "la decisión de fecha 3 de junio de 2020, por medio de la cual se rechazó la oposición planteada por la defensa y se estuvo a la habilitación de la feria extraordinaria y a la declaración indagatoria dispuesta (decreto del 1 de junio de 2020) 'que se llevaría a cabo una vez que las partes informaran la plataforma a través de la cual se celebraría la audiencia', carece de entidad para generar un gravamen irreparable en los términos del art. 449 del Cód. Proc. Penal, pues se trata de materializar la convocatoria del

imputado para que ejercite su primer acto personal de defensa. En consecuencia, corresponde declarar erróneamente concedida la impugnación (art. 454, primer párr., del Cód. Proc. Penal)".

c) Sala VI, CNCrim. y Correc. 58758/2019/1/RH1, "D. B.G., queja s/ habilitación de feria", rta. el 18/06/2020, luego de la presentación directa por la defensa oficial quejándose por la habilitación de feria.

"El trabajo remoto garantizó durante este tiempo a los imputados la asistencia legal, la posibilidad de contar con un traductor o intérprete, el conocer la imputación, la asistencia técnica, el derecho a interrogar a los testigos, el nemo tenetur, el derecho a ser escuchado y el de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."

En ella se sostuvo "Pese al esfuerzo argumentativo, no se comprende cuál es el agravio que la decisión provoca a su asistida. Más allá de haber echado mano a protocolos y reglamentos, no ha demostrado —ni tampoco alegado en concreto— de qué modo sus intereses podrían verse menoscabados si se continuara con la sustanciación del sumario de forma digital y remota. Se advierte, en cambio, que la vía intentada tiene por finalidad mantener la paralización del sumario para alcanzar la prescripción de la acción penal, lo que en modo alguno puede ser admitido. Es precisamente la posibilidad de que, en poco tiempo, aquella quede extinta lo que conduce a calificar este asunto como urgente y, así, torna imperioso la continuación del trámite. Por otro lado, en lo que respecta a la ausencia de un requerimiento de habilitación por parte del acusador público, más allá de que a nuestro criterio el magistrado conserva la facultad de hacerlo de oficio, tampoco se vislumbra un gravamen porque, al haberse corrido vista a aquél, podría articular el cuestionamiento que estime pertinente de considerarla improcedente".

d) Sala VI, CNCrim. y Correc. 32888/2019, "S., S. O. y otros s/ casación", JNCrim. y Corr. N° 16, rta. el 03/07/2020, luego de un planteo de los abogados de la parte querellante. Ante el planteo se sostuvo que, "a diferencia de las ferias judiciales ordinarias (cfr. Ac. 33/77 de la CS), la presente posee carácter extraordinario y excepcional, no solo porque su extensión ya superó con holgura la de los recesos anuales de enero y julio, sino también por la incertidumbre existente respecto de los tiempos en que finalizará y se retomará la actividad judicial de forma presencial, ya sea parcial o total. Es que independientemente del *nomen iuris* que se le ha otorgado al actual período —claramente se trata de un estado excepcional de trabajo en emergencia—, no pasa desapercibido que el Alto Tribunal a través de distintas acordadas precisó las materias objeto de habilitación a los asuntos que no admitieran demora (cfr. acordadas 6, 9,

y 10 del —en especial puntos resolutive 4º—), encomendando a los tribunales de superintendencia de los distintos fueros a que adoptaran decisiones en similar sintonía".

Además, el rechazo se fundamentó en que "Así esta Cámara, en uso de esas facultades de superintendencia, mediante los acuerdos generales del 27 de abril y siguientes, recomendó y autorizó a los juzgados de la anterior instancia la reanudación de todos los procesos (con o sin detenidos) en los cuales pudieran concretarse los actos de manera remota, a fin de adoptar las medidas tendientes a evitar la paralización de los procesos. Tarea que fue asumida con compromiso y éxito por parte de todos los integrantes del fuero tal como lo refleja el último Informe de Gestión elaborado por este tribunal (cfr. <https://www.cij.gov.ar/nota-37677-Informe-de-la-C-mara-Nacional-de-Apelaciones-en-lo-Criminal-y-Correccional.html>). Es que la Justicia y, en concreto este fuero penal, presta un servicio esencial que no puede ni debe ser suspendido".

Finalmente, la Dra. Laiño valoró: "Además, no puede soslayarse que continuar con la suspensión del proceso, va en detrimento del derecho que toda persona posee, a que su conflicto con la ley penal sea resuelto en un plazo razonable, garantía que se encuentra consagrada constitucional y convencionalmente en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, 8.1 CADH, 9.3 y 14.3.C PIDCyP) y que ha sido abordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS, 'Mattei' Fallos: 272:188; 'Casiraghi' Fallos: 306:1705; 'Kipperband' Fallos: 322:369, 'Mizzatti' Fallos: 300:1102, entre otros) (cfr. mi voto causa de esta Sala n° 52.576/2004 'Duarte, Nelson', rta.: 27/12/19)".

e) Del mismo modo resolvieron los jueces que integraron la sala VIII al intervenir en la apelación concedida respecto de la causa CNCrim. y Correc. 8769/2017/CA3, por entender que la intimación al imputado para que proporcione su teléfono celular o correo electrónico a efectos de materializar la indagatoria dispuesta a través de la aplicación Zoom carece de entidad para generar un gravamen irreparable en los términos del art. 449 (20).

f) En la misma senda se manifestaron los jueces de otras Cámaras: "Entonces bien, en este marco, a partir de lo concretamente solicitado por las apoderadas del Banco Central de la República Argentina con invocación a las garantías constitucionales del debido proceso y la tutela judicial efectiva (art. 18 CN), se habilitó la feria judicial extraordinaria para la presente instancia recursiva. A esos efectos esta Sala se integra para su actuación 'en el contexto actual' a través de las herramientas digitales disponibles, mediante el uso del sistema de gestión judicial Lex 100, al que tienen acceso todas las partes en condiciones de igualdad (Cfr. acordadas CFCP 6/2020, 7/2020, 8/2020, 10/2020, 11/2020, 12/2020 y 13/2020) [...]. De esta manera debe destacarse que no ha sido demostrado, ni se advierte, violación al derecho de defensa en juicio en el marco de esta modalidad (cfr. en lo pertinente y aplicable sentencias de fondo de causas: FBB 11/2018/TO1/CFC1, 'Elisei, Flavio R.' Reg. 488/2020.4, FSM 33271/2014/TO1/CFC1 'Grageda, Gilberto R.' Reg. 774/20.4 y CFP 11758/2006/TO2/CFC8, 'Muiña, Luis' Reg. 811/20.4, dictadas por esta

Sala IV respectivamente con fecha 4 de mayo, 9 de junio y 12 de junio, todas del 2020, en la forma y por los medios descriptos —entre otras—" (21).

De esa muestra puede concluirse:

1. Que las defensas no han podido determinar o demostrar de qué modo el trabajo remoto afecta el ejercicio de esa garantía ni desde lo técnico ni desde lo material.

2. Que no se advierte en las presentaciones efectuadas por las defensas violación al derecho de defensa en juicio (nótese aquí que no estamos en contextos de juicios orales y públicos donde posiblemente esa afirmación requiriese de mayores fundamentos o podría no sostenerse).

3. Que incluso no es necesario contar con el pedido de habilitación de feria de la parte acusadora (MPF o querella) para que los jueces y juezas puedan avanzar con el trámite de la causa realizando tareas propias de su función o resolviendo de acuerdo con lo pedido, porque no puede confundirse principio acusatorio con jurisdicción.

4. Que el llamado a prestar declaración indagatoria o a informar los medios disponibles no causa un gravamen de imposible reparación ulterior (art. 449, Cód. Proc. Penal).

Surge del informe de gestión efectuado por la Oficina de Gestión de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que previo a que la Cámara Federal de Casación Penal habilitara los sorteos para la radicación de causas sin detenidos ante los tribunales orales en lo criminal y correccional ya se habían acumulado un total de 565 causas sin detenidos con decreto o auto de elevación a la espera de que fueran habilitados los sorteos, a lo que hay que sumarle todas aquellas elevaciones que sí se sortearon durante la feria judicial (causas con detenidos) (22), lo que sin ambages permite afirmar que esas conclusiones fueron compartidas por gran parte de los jueces que integran el fuero encargado de resolver lo atinente a la investigación preliminar y que gracias a esa interpretación es que sus protagonistas no se han visto privados de la garantía de obtener un pronunciamiento en un plazo razonable.

V. A modo de conclusión: el trabajo remoto en la instrucción no afecta el derecho de defensa en juicio

Más allá de que me encuentro comprendida en las generales de la ley, puesto que esto que aquí escribo guarda relación con lo que he sostenido a la hora de resolver distintos planteos como los referidos en el punto anterior, de un análisis de los conceptos contenidos en la garantía de defensa en juicio pasados por el tamiz del trabajo remoto resulta que, en términos generales, sin entrar en cada caso en particular, no se advierte afectación a los derechos del imputado.

Aun vía remota el imputado tiene derecho a ser oído y esto se realiza mediante las plataformas existentes para ello: Zoom, Google Meet, Jitzi, videollamada de Whatsapp, llamada telefónica, etc. Luego lo concerniente a su identidad y su identificación se realiza mediante la exhibición de su DNI tal como se realiza de manera presencial. Además,

torio), la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante acordada n° 14/2020 del día de ayer, ha prorrogado la feria extraordinaria ordenada por acordada 6/2020 —y prorrogada por acordadas 8, 10 y 13 del corriente año—, desde el 11 al 24 de mayo, ambos inclusive, de 2020. Corresponde entonces a este Tribunal proceder a designar las autoridades de feria para el fuero en lo Criminal y Correccional Nacional en el período referido —punto 4) de esa Acordada—, "para atender la mayor cantidad de asuntos posibles—. Ha señalado la Corte también que, respetando la legislación aplicable en cada jurisdicción respecto a la extensión de la cuarentena, "...se deberán tener en cuenta las características particulares del fuero, de la jurisdicción o de la sede en las que se ubican los distintos tribunales, sin poner en riesgo la salud de las personas involucradas, esto conforme a los lineamientos fijados en los protocolos anexos—. En la anterior resolución de designación de autoridades, esta Cámara destacó la labor realizada en el fuero a partir de la incorpo-

ración de diversas herramientas tecnológicas, lo cual sumado al otorgamiento amplio de claves VPN, ha permitido que tanto magistrados, funcionarios como empleados desarrollen su labor a distancia desde los lugares de aislamiento (ver informe de Comisión de Gestión del 13 de abril pasado) teniendo en cuenta esa instrumentación de recursos y el buen resultado obtenido hasta el momento, se considera posible, amén de necesario, encomendar en la jurisdicción el trámite de causas sin detenidos de modo remoto, en línea con lo dispuesto por la Corte en cuanto ha instado a que, tanto para la formulación de presentaciones, como "para la realización de todos los actos procesales" se priorice el empleo de las herramientas digitales disponibles que permitan la tramitación remota de las causas —punto 6º—. Por todo ello, celebrado que fue por medio electrónico —plataforma de conferencia— Acuerdo General en el que intervinieron todos los jueces que integran esta Cámara, SE RESUELVE: 1.- Todos los Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correc-

cional, los Juzgados Nacionales de Menores y el Juzgado Nacional de Rogatorias, funcionarán para la atención de los asuntos enumerados en el art. 149 del Reglamento para la Jurisdicción. A tal fin deberán sujetar su actuación a los protocolos aprobados por Acordada 14/2020 "Protocolo y pautas para la tramitación de causas judiciales durante la feria extraordinaria" y "Protocolo referido a la convocatoria de funcionarios y empleados". En particular se deberá procurar que "magistrados, funcionarios y empleados cumplan sus funciones prioritariamente desde los lugares de aislamiento y sólo de manera presencial cuando sea estrictamente necesario y habilitado según los puntos anteriores" —punto III del primero de los protocolos citados—. En caso de actuación presencial se ajustará esa labor al "Protocolo de medidas de prevención, higiene y seguridad para el Poder Judicial de la Nación por la pandemia de Covid-19". Los restantes asuntos deberán ser atendidos, mediante la realización de actos procesales llevados a cabo en forma remo-

ta desde los lugares de aislamiento, a través de los medios tecnológicos disponibles y que se estimen adecuados, considerándose también en este orden las disposiciones del "Protocolo y Pautas para la tramitación de causas judiciales durante la feria extraordinaria". (...) También las causas sin personas detenidas que puedan ser tramitadas y resueltas bajo las pautas establecidas en el Acuerdo General del 16 de marzo de 2020 y su tratamiento remoto. (...) Firmado: Alberto Seijas, Presidente.

(20) Sala VII, CNFed. Crim. y Correc. 62754/2018/CA2, rta. 18/06/2020. Resolvió declarar erróneamente concedida la elevación fundada en el pedido de la defensa solicitando se rechace el requerimiento de la parte querellante de habilitación de feria y citación del imputado a prestar declaración indagatoria.

(21) CFed. Casación Penal, sala 4ª, CFP 10247/1998/TO1/CFC7, rta. 17/06/2020.

(22) Fuente: Informe de Gestión publicado en <https://www.cij.gov.ar/nota-37677-Informe-de-la-C-mara-Nacional-de-Apela->

y como ocurre muchas veces, el imputado puede remitir luego con el patrocinio de su abogado defensor un escrito con su versión de lo sucedido, que es subido por la parte al sistema informático.

Justamente vía remota es que se aseguró de que ello suceda en un plazo razonable y que la feria judicial acordada por una pandemia mundial

ciones-en-lo-Criminal-y-Correccional.html.
(23) "Guía de buenas prácticas y recomendaciones para la celebración de juicios orales en materia penal y contravencional de manera remota o semipresencial en el fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA", Anexo

(cuyo fin —el de la feria— ahora conocemos, pero no lo hacíamos entre los meses de marzo/julio) no echara por tierra esa posibilidad. Todos sabemos de la importancia de los tiempos en un proceso penal en donde se pone en riesgo la inocencia de una persona y de las consecuencias que ese estado de incertidumbre genera en quienes sufren la persecución penal.

I de la res. 164/2020, publicado en https://consejo.jusbaires.gob.ar/documentacion/resoluciones/plenario/B1B3EF6-CCB8459787BD6851D2F370C56?fbclid=IwAR2qdSbGk6liP4qQ0dd9oFrXrZYU-uub1FPa_3422fGsdUYjS1Efs9Pwfw.

También el trabajo remoto garantizó durante este tiempo a los imputados la asistencia legal, la posibilidad de contar con un traductor o intérprete, el conocer la imputación, la asistencia técnica, el derecho a interrogar a los testigos, el *nemo tenetur*, el derecho a ser escuchado y el de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Si bien la conclusión a la que se arriba se vincula con la investigación preliminar, podríamos comenzar a pensar en cuál podría ser la respuesta que se daría al cuestionamiento en el caso de juicios orales.

Una de las posibles respuestas llega de la mano de la reciente res. 164/2020 (Consejo de la Ma-

gistratura de CABA) del 12/08/2020 por la que se aprobara la "Guía de buenas prácticas y recomendaciones para la celebración de juicios orales en materia penal y contravencional de manera remota o semipresencial en el fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA" (23) no solo dando con ello un aval a lo realizado con el trabajo remoto a nivel de las investigaciones preliminares y las audiencias previas sino avanzando hacia la siguiente etapa y proponiendo una guía de buenas prácticas para la realización de juicios orales y públicos en forma remota o semipresencial.

Cita online: AR/DOC/2886/2020

Firma digital para abogados de la jurisdicción bonaerense

Gastón E. Bielli

Abogado (UNLZ); presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI); miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE); secretario de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (ColProBA); presidente de la Comisión de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora; docente universitario de grado y posgrado (UBA - UNLZ – Austral, entre otras); maestrando en Derecho Procesal (UNR).

Carlos J. Ordoñez

Abogado (UNMDP); vicepresidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI); miembro académico del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE); secretario del Trib. Trab. N° 4 de Mar del Plata; docente de grado y posgrado; doctorando en Derecho (UNMDP).

I. Introducción

Mediante la disp. 7/2020 de la Subsecretaría de Innovación Administrativa dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros (Administración Pública Nacional), se dispuso a autorizar al Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires a cumplir las funciones de autoridad de registro de la autoridad certificante de la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (1).

Dicha autorización otorga a la mencionada entidad y, en consecuencia, a todos los Colegios

de Abogados que la componen, la posibilidad de otorgar certificados de firma digital a sus respectivos matriculados.

La cuestión no es menor, conforme aquí se expande el universo de incumbencias en las que el letrado bonaerense podrá interactuar, intervenir y asesorar.

Ahora bien, es necesario que muchos de los sucesos virtuales que se ejecutan mediante estos entornos cuenten con algún medio de individualización de su generador, vale decir, que permitan determinar con un considerable grado de certeza de quién emitió el documento electrónico en cuestión.

Y la firma digital es la metodología de suscripción consagrada por excelencia en nuestra normativa de fondo (2).

Ya habiéndonos explayado hartamente en anteriores trabajos acerca de la eficacia de la firma electrónica en la legislación y la jurisprudencia argentina, en esta oportunidad nos abocaremos a analizar de forma teórica y técnica el régimen vigente de los documentos electrónicos suscritos mediante la tecnología de firma digital y su eventual importancia en el quehacer de la futura praxis profesional (3).

II. El documento electrónico en el entramado normativo argentino

Aunque la novedad, a la fecha, sea la firma digital en sí, no podemos dejar de referenciar al verdadero protagonista en lo que hace a la digitalización de procesos. Nos referimos al documento electrónico.

Se ha concebido el documento, en sentido amplio, como todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exteriorice.

Francesco Carnelutti, eminente jurista italiano, señala que el documento debe plasmar una relación consecuente entre el autor real y el supuesto, con el objeto de que exista una representación estructurada de los hechos. Y para encuadrarlo con nuestra normativa nacional debemos establecer que el hecho al que se hace mención tiene que ser idóneo para producir efectos jurídicos propios (4).

Pues bien, podemos señalar que se ha conceptualizado el documento electrónico como aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido, definiéndoselo —también— como un conjunto de campos magnéticos, aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código (5).

“La expresión escrita tiene asidero tanto en los instrumentos públicos como en los instrumentos particulares firmados o no firmados, siendo que en la actualidad nos encontramos ante un nuevo soporte, el digital, ampliándose la noción de escritos o documentos a aquellos generados en forma electrónica.”

Tratándose del conjunto de impulsos eléctricos ordenados, que son la materialización de una representación generada de forma ordenada, respetando un código y con la intervención de un ordenador; conjunto de impulsos electrónicos que es —a su vez— almacenado en un soporte óptico, magnético o electrónico que finalmente, gracias al mismo o a otro ordenador y al resto de los componentes (*software* y *hardware*) es decodificado y traducido a un formato comprensible a simple vista; así, habrá documento electrónico independientemente de que registre o no hechos jurídicamente relevantes o de la posibilidad o no de su traducción al lenguaje natural (6).

Entonces nos encontramos frente a acontecimientos o hechos digitalizados o informatizados por el procedimiento competente, poseyendo estos documentos autonomía en cuanto a soporte estructurado.

Y podemos sostener que el documento digital es, en sí mismo, un modo de expresión de la voluntad donde quedará plasmado uno o más actos jurídicos, entendiéndose por tales los hechos humanos, voluntarios o conscientes y lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, con la salvedad

de que su concepción tiene lugar en un formato informático-digital (7).

Analizando de forma puntual el traslado de la información al sistema digital, este cada día se profundiza, debido a la incorporación de la documentación digital en la normativa de nuestro país, donde se ha podido observar que existe una amplia similitud y tiene el mismo efecto de validez jurídica y probatoria que el sistema escriturario tradicional.

Los documentos electrónicos contienen la misma calidad y siguen las mismas pautas que los recursos escritos. Es decir que, en su concepción, se establecen documentos con veracidad y efectividad, debido a que se plasma el pensamiento del ser humano en su contenido, otorgándole validez jurídica y probatoria, en vinculación con la ocurrencia o no de un acontecimiento o conjunto de estos (8).

Si concebimos la generación de un documento digital a partir de las numerosas medidas de seguridad implícitas que se encuentran impregnadas en él, como asimismo los diferentes grados de validación y verificación de autoría que conlleva al implementar una metodología de suscripción como la firma digital, nos encontramos en un pie de igualdad con el instrumento en soporte papel y es íntegramente verificable a través de la utilización de un método u otro, su correspondencia de autoría, la voluntad plasmada del firmante y la validez jurídica y probatoria del acto configurado (9).

Siendo que, de esta manera, la dualidad existente entre el formato papel y el formato electrónico pasa a ser un equivalente en sentido estricto, invistiendo ambos del mismo valor probatorio legal en un proceso judicial.

Pues bien, aclaramos que la distinción y la relación entre documento electrónico y digital es una correspondencia de género y especie, como ocurre en la firma electrónica y digital. Se emplean de una forma diferente pero los dos tienden a reunir documentos creados mediante medios informáticos. Entonces, mientras el documento electrónico es el género; el documento digital es la especie.

La jurisprudencia ya ha sostenido que la expresión “documento electrónico” individualiza

(1) BO 20/07/2020.
(2) Nobleza obliga, aunque la firma digital revista una eficacia jurídica aumentada, la firma electrónica sigue siendo la metodología de suscripción que más se utiliza en lo que hace a intercambios comunicaciones y/o transaccionales en la actualidad.
(3) Para ahondar más en la cuestión de la prueba electróni-

ca, ver: BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., "La prueba electrónica. Teoría y práctica", Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019.
(4) CARNELUTTI, F., "La prueba civil", Ed. Olenik, p. 89.
(5) FALCÓN, E. M., "Tratado de derecho procesal civil y comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. II, p. 897.
(6) GINI, S. L., "Documentos y documento electrónico", LA

LEY, Sup. Act. 30/3/2010, 1.
(7) Es indispensable indicar que un documento digital es intangible, debido a que no se puede palpar, percibir con los sentidos como con el papel, pero tiene el mismo valor probatorio y legal que un papel firmado de forma escrita (BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., "Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales", Thomson Reuters -

La Ley, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 30).
(8) ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA DE REPÚBLICA DOMINICANA, "Seminario Valoración de la Prueba II - Jurisdicción Civil", Santo Domingo, 2002, p. 45.
(9) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., "Contratos electrónicos...", ob. cit., p. 31

toda representación en forma electrónica de un hecho jurídicamente relevante susceptible de ser recuperado en forma humanamente comprensible (10).

II.1. Ley 25.506 de Firma Digital

Iniciaremos con la respectiva fundamentación y análisis de la ley 25.506 de Firma Digital, que vino a generar oportunamente un cambio tecnológico esencial en nuestra normativa.

Sancionada el 14 de noviembre del año 2001 y promulgada el 14 de diciembre de ese mismo año, introdujo formalmente en nuestro país los conceptos de “firma digital”, “firma electrónica” y “certificado digital”, entre muchos otros que, a la fecha, tienen virtual injerencia en los intercambios comunicacionales y transaccionales que se generan a diario.

Inicialmente fue reglamentada por el dec. 2628/2002; sin embargo, dicho decreto ha sido reemplazado por el actual 182/2019.

La normativa inmiscuida en dicha ley da carácter de eficacia jurídica tanto a los documentos electrónicos, como a la firma electrónica (género) y a la firma digital (especie) conforme explicaremos más adelante.

El objetivo de la ley en estudio fue incorporar en el derecho argentino la tecnología avanzada vigente a la fecha a través de un marco neutro (11), exigiéndole al Estado Nacional y a los entes administrativos la utilización de esas herramientas, como la firma digital, con el fin de reducir la burocracia y generar el desarrollo de la simplicidad de trámites.

Respecto del concepto de documento digital, este es definido en el art. 6º, al sostenerse que se entiende por documento digital la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo, siendo que, a su vez, un documento digital también satisface el requerimiento de escritura. Volveremos sobre esta definición más adelante.

Destacamos que las más recientes modificaciones normativas suscitadas sobre el régimen de firma digital fueron generadas mediante la sanción de la ley 27.446 (12).

II.2. Documentos electrónicos en el Código Civil y Comercial

Para realizar un análisis normativo integral, es necesario abarcar en primer lugar el art. 284 del Cód. Civ. y Com. En él señala que si la ley no exige una forma determinada para la exteriorización de la voluntad de las partes, estas pueden utilizar la modalidad que estimen conveniente; por lo general, se materializará a través de un documento.

Siguiendo con el recorrido del código nos encontramos con el art. 286, que reconoce que la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Como sostiene Lorenzetti, este artículo introduce el concepto de soporte y, por ende, el de la grafía, con un criterio muy amplio: todo aquel elemento que permita representar el contenido de modo que los sujetos a los que va dirigido puedan enterarse de él, aun cuando para ello deban em-

plear medios técnicos. De este modo se incluye en la categoría de instrumentos los llamados documentos electrónicos (13).

Efectivamente y como surge al efectuarse un análisis integral, la expresión escrita tiene asidero tanto en los instrumentos públicos como en los instrumentos particulares firmados o no firmados, siendo que en la actualidad nos encontramos ante un nuevo soporte, el digital, ampliándose la noción de escritos o documentos a aquellos generados en forma electrónica.

En resumidas cuentas, podemos decir que los registros o soportes electrónicos constituyen verdaderos documentos porque en ellos se recogen expresiones del pensamiento humano o de un hecho y se las incorpora a su contenido, que es lo que los hace capaces de acreditar la realidad de determinado suceso (14).

Esta norma tiene su correlato con el art. 6º de la Ley de Firma Digital ya esbozado, que, luego de brindarnos un concepto de documento digital, pone de relieve que este satisface el requerimiento de escritura.

Por último, mencionamos que, en la actualidad, existen tres clases de documentos electrónicos o digitales en lo que hace a la metodología de suscripción:

- Los que tienen firma digital —conf. art. 2º, ley 25.506— y cuyos requisitos de validez son establecidos por el art. 9º de dicha norma.
- Los que tienen firma electrónica, que está definida en el art. 5º de la misma ley.
- Los que carecen de cualquiera de estos elementos y que son llamados “mensajes no firmados”, aunque, bajo nuestra mirada, esta última categoría es inexistente (15).

III. Firma digital. El campo teórico

Por nuestro lado, ya hemos definido la firma digital como una cantidad determinada de algoritmos matemáticos que acompaña un documento electrónico —generado a través de un certificado digital emitido por una autoridad certificante licenciada por un órgano público— con el objeto primario de establecerse quién es el autor y con el objetivo secundario de determinar que no ha existido ninguna manipulación posterior sobre los datos (16).

Es una herramienta que posee un conjunto de datos asociados a un mensaje digital que, a su vez, permite garantizar eficazmente la identidad del firmante y la integridad del documento; como así también avalar la eficacia y la validez de su contenido, al igual que uno elaborado en formato papel (17).

Y la ley 25.506 nos otorga un concepto de firma digital en su art. 2º, manifestando que se entiende por firma digital el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ella bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes de manera tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

III.1. Eficacia jurídica de la firma digital

A lo largo del entramado normativo argentino encontramos dos principios de equivalencia fun-

cional que se constituyen como pilar en lo que hace a la validez jurídica de los instrumentos generados por medios electrónicos.

El primero de ellos se encuentra en el art. 2º de la ley 25.506, al sostener que cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. El segundo, en el art. 6º, última parte, de la misma ley, al sostenerse que un documento digital también satisface el requerimiento de escritura (18).

Como sostiene Mora, en concreto, cada norma que exigiese como requisito de forma un documento material o una firma ológrafa podía satisfacerse también con un documento digital y con una firma digital (19).

Dicha metodología de suscripción es, en su génesis, un procedimiento matemático cifrado por medio de dos claves (una pública y una privada) y que, mediante su incorporación, reviste de validez jurídica sobre un documento digital al cumplir el requisito de firma.

Mediante su empleo, se asegura con primaria certeza la identidad del firmante mediante su vinculación con los datos insertos en el certificado digital, como así también, la inalterabilidad del documento en el cual se ve incluida la voluntad del signatario.

“El valor jurídico que posea una firma digital está condicionado a que la autoridad certificante, que emitió y vinculó un certificado digital a una determinada persona, se encuentre autorizada para actuar por la Jefatura de Gabinete de Ministros en su carácter de autoridad certificante raíz.”

A raíz del nexo que se produce al emplear tanto la clave privada para cifrar el contenido íntegro del documento digital remitido, como así también la clave pública que utiliza el destinatario para acceder a él y constatar que efectivamente fue firmado por el titular del certificado digital generador del documento electrónico, es que se logra crear un ecosistema de seguridad extremadamente efectivo, dentro del cual y en lo que a la praxis legal concierne, se llevarán a cabo la digitalización de diversos actos que, al día de la fecha, son originados en el esquema papelizado.

Proseguimos al sostener que la ley nos brinda, en favor de la firma digital, la denominada presunción de autoría en lo que respecta a la persona generadora del documento electrónico, como así también una presunción de integridad acerca de que no fue modificado desde que se produjo el acto de suscripción. Es decir, la voluntad plasmada en el soporte se encuentra salvaguardada por las presunciones que la ley consagra en favor a esta metodología de firma (20).

Lo analizaremos a continuación.

III.2. Presunciones de la ley 25.506 acerca de la firma digital

III.2.a. Presunción de autoría

El art. 7º de la ley dispone que un documento firmado digitalmente goza de “la presunción de

autoría” respecto de la persona titular del certificado digital, es decir, existe una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario) a su favor.

Cuando un documento digital es generado y suscripto digitalmente, hay que presumir que la firma digital plasmada pertenece al titular del certificado digital por la cual se generó.

Como sostiene Fernández Delpech, el artículo mencionado hace referencia a la certificación digital y la importancia que tiene esta en la validez de la firma digital; es decir, que no existe firma digital sin aquel certificado oportunamente emitido (21).

III.2.b. Presunción de integridad

Por otro lado, en el art. 8º de la ley encontramos la denominada presunción de integridad. Ella dice que si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.

Conforme ya mencionamos, el documento digital es el instrumento donde queda plasmada la voluntad de su creador, al que se le aplica la firma digital, dotándolo del carácter de inalterabilidad y de conexidad consecuente con el titular signatario, con efecto vinculante.

Y esta presunción establece que, si a través de un proceso de verificación, una firma digital es verdadera, consecuentemente se determina que el documento digital no se ha modificado desde el momento en el cual se integró y quedó plasmada dicha metodología de suscripción señalada, salvo prueba en contrario.

Todo converge en demarcar claramente que la voluntad del signatario se ha mantenido inalterable en el recorrido que realiza el documento digital hasta llegar a su destinatario.

Por último, como señala Molina Quiroga, ambas circunstancias constituyen la denominada “garantía de no repudio” y otorgan una altísima seguridad documental (22).

IV. La firma digital en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial dio un paso de suma trascendencia al brindarnos un nuevo concepto de firma, mucho más actual y contemporáneo que el que preveía el Código de Vélez Sarsfield. La firma como prueba de autoría de la declaración de voluntad expresada en el documento (físico o electrónico) y el principio de libertad de formas son las notas salientes del nuevo régimen.

El avance tecnológico y la introducción del formato electrónico a la vida diaria obliga a replantearnos el concepto de firma que tradicionalmente conocimos y a comenzar a construir sus nuevos horizontes.

Aclarado lo anterior y, en lo específico, el art. 287 del Cód. Civ. y Com. establece que los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos firmados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

(10) CCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 09/12/2004, “Pérez, Elizalde R. F. v. ASISMED SA s/cobro pesos”, AP 33/13471.

(11) A fin de incorporar futuros avances tecnológicos.

(12) A través de dicho plexo normativo, se derogaron los arts. 4º, 18, 28, 35 y 36 de la ley 25.506. Se instituyó como autoridad de aplicación al Ministerio de Modernización. Se instituyó como organismo auditante a la Sindicatura General de la Nación, entre muchas otras cuestiones, las cuales ya han sido tratados por especialistas en la materia, a lo cual

nos remitimos. Ver: MORA, S. J., “La reglamentación de la Ley de Firma Digital. Una especial referencia a los “prestadores de servicios de confianza”, LA LEY, 2019-C, 757; AR/DOC/1605/2019.

(13) LORENZETTI, R. L., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. II, p. 114.

(14) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 31.

(15) Para profundizar sobre dichas cuestiones ver: BIELLI,

G. E., “Una nueva mirada acerca del valor probatorio del correo electrónico en procesos de índole contractual. La cuestión de la firma”, *Erreius*, Supl. Esp. “Derecho Procesal Electrónico”, 2018 (dic.), p. 27.

(16) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “La prueba electrónica...”, ob. cit., p. 62.

(17) FERNÁNDEZ DELPECH, H., “Manual de derecho informático”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 329.

(18) Aclaramos que el principio de “equivalencia funcional”, como el de “no discriminación” o el de “neutralidad tecnoló-

gica”, es replicado, ya sea expresa o tácitamente, en innumerables normativas del entramado argentino como, p. ej., la ley 26.685 de Expedientes Digitales en la órbita del Poder Judicial de la Nación.

(19) MORA, S., “Documento digital, firma electrónica y digital”, LA LEY, 2014-A, 502; AR/DOC/3995/2013.

(20) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 36.

(21) FERNÁNDEZ DELPECH, H., ob. cit., p. 336.

(22) MOLINA QUIROGA, E., “Documentos digitales y comuni-

Luego, el art. 288 del Cód. Civ. y Com., al ocuparse de la forma y la prueba del acto jurídico, refiere que la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital que asegure indubitavelmente la autoría y la integridad del instrumento.

Y tradicionalmente se ha considerado la firma como la herramienta por excelencia para establecer certeza acerca de la expresión del consentimiento o la manifestación del pensamiento humano en todo aquello que bien puede ser “documentable” por parte de un determinado autor al cual el acto jurídico le es propiamente imputable.

Como sostienen Ignacio y Francisco Alterini, si bien la firma estuvo clásicamente conectada con la idea de la expresión “gráfica” de la voluntad del emisor para lograr su adecuada individualización, los avances tecnológicos determinaron el nacimiento de firmas en las que la grafía ya no es relevante; esto último acontece con las firmas calificadas como “digital” y “electrónica”. En efecto, en el régimen vigente conviven tres clases de firma: 1) la ológrafa; 2) la digital; y 3) la electrónica (23).

Ahora bien, sin ánimos de inmiscuirnos nuevamente en la temática, ya tratada por estos autores de forma previa (24), destacamos que el mencionado art. 288 ha traído una serie de problemas que devienen en la valoración judicial de los documentos electrónicos o digitales conforme a la importancia de metodología de suscripción utilizada en ellos, siendo que aún en la actualidad existe una discusión doctrinaria acerca del carácter que revisten los que fueran rubricados mediante firma electrónica.

Pero, de todas formas, existe univocidad en la doctrina en que cuando nos referimos a documentos digitales suscriptos mediante la tecnología de firma digital, efectivamente estamos dentro del campo de los instrumentos privados, con la consecuente validez y eficacia jurídica que dicha categoría reviste.

Lo mencionado se fundamenta en que estos elementos se encuentran firmados tanto técnicamente como, así también, bajo las disposiciones correspondientes que establecen tanto la ley 25.506 de Firma Digital, como el Código Civil y Comercial de la Nación, en los artículos aquí tratados.

V. La infraestructura PKI

No podemos proseguir con el tratamiento técnico-normativo de la firma digital, sin antes detenernos en la infraestructura de clave pública argentina (o por sus siglas, PKI)

Oportunamente, fue fundamental implementar esta construcción tecnológica para que se logre poner en práctica las herramientas claves necesarias en lo que respecta a un esquema seguro de suscripción de documentos electrónicos.

Conforme sostiene excelentemente Rivolta en un trabajo al cual nos remitimos, dicha infraestructura fue fundada con la implementación de los siguientes puntos (25):

a) Una autoridad certificante (CA, por sus siglas en inglés), también denominada “entidad de certificación o certificador”. La CA emite y garantiza la autenticidad de sus certificados digitales. Un

certificado digital incluye la clave pública u otra información respecto de la clave pública;

b) Una autoridad de registro (RA, por sus siglas en inglés), cuya función será validar los requerimientos de certificados digitales. La autoridad de registro autoriza la emisión de certificados de clave pública al solicitante por parte de la autoridad certificante;

c) Un sistema de administración de certificados;

d) Un directorio en el cual los certificados y sus claves públicas son almacenados;

e) El certificado digital incluirá el nombre de su titular y su clave pública, la firma digital de la autoridad certificante que emite el certificado, un número de serie y la fecha de expiración;

f) Suscriptores: son las personas o entidades nombrados o identificados en los certificados de clave pública, tenedores de las claves privadas correspondientes a las claves, públicas de los certificados digitales;

g) Usuarios: son las personas que validan la integridad y la autenticidad de un documento digital o mensaje de datos, con base en el certificado digital del firmante.

Por último, coincidimos con Mora en que de la Ley de Firma Digital surge que la firma digital no deriva de cualquier sistema PKI sino de uno en el cual tanto los certificadores como los procedimientos y los sistemas que implementen están especialmente autorizados por el Estado, porque el art. 2º mencionado establece que los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la autoridad de aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes (26).

V.1. Autoridad certificante

La autoridad certificante ocupa un rol fundamental en el entramado normativo argentino.

Es aquel tercero de confianza en cuya esfera de responsabilidad se encuentra la función de emitir los certificados digitales, revocarlos, dar fe de los actos jurídicos que se suceden entre el emisor y el receptor de los documentos digitales, validar las claves públicas, etcétera.

Como sostiene Fernández Delpech, para que el sistema de clave pública funcione en forma eficaz, es necesario que exista un tercero, una entidad que certifique que la clave pública es de quien dice ser. Esta tercera parte que interviene en la comunicación se denomina “tercera parte confiable” (*trusted third parties*) o “autoridad certificante” (27).

En concreto, es quien acredita la relación entre una clave y su propietario titular.

V.2. La autoridad certificante raíz

En la Argentina, y al momento de escribirse estas palabras (28), cumple esta función la Jefatura de Gabinete de Ministros por medio de la Subsecretaría de Innovación Administrativa, que además de otorgar la licencia para funcionar como autoridad certificante licenciada, emite el certificado digital a la autoridad certificante, en un esquema de autoridad certificante raíz centralizada en dicho organismo público (29).

El valor jurídico que posea una firma digital está condicionado a que la autoridad certificante, que emitió y vinculó un certificado digital a una determinada persona, se encuentre autorizada para actuar por la Jefatura de Gabinete de Ministros en su carácter de autoridad certificante raíz.

“Un certificado digital tiene como objetivo producir el efecto vinculante entre su titular y la firma digital que plasma en un determinado documento o conjunto de estos, conforme a la metodología de suscripción que garantiza la seguridad y la eficacia del sistema tecnológico empleado. En lo que respecta a los abogados litigantes en la jurisdicción bonaerense, dicha vinculación de datos será efectuada por el ColProBA y sus oficiales de registro.”

Según sostiene con gran agudeza Provenzan Casares, es función de autoridad certificante raíz emitir el certificado digital que utiliza el certificador licenciado para, a su turno, firmar digitalmente el certificado digital que utiliza el emisor. Por tal motivo se la denomina “raíz”: de ella proviene y a ella retorna la concatenación de personas intervinientes y procesos que culminan produciendo un documento electrónico con firma digital válida (30).

V.3. Certificador licenciado

Los certificadores licenciados son entidades públicas o privadas que se encuentran habilitadas por el ente licenciante para emitir certificados digitales, en el marco de la Ley 25.506 de Firma Digital (31).

Relacionado con el esquema de criptografía asimétrica que trataremos más adelante, cuando una autoridad certificante licenciada por el Estado emite un certificado, se genera el par de claves que serán necesarias —técnicamente hablando— para que un individuo pueda plasmar su firma digital en un determinado instrumento, efectuando las correspondientes asociaciones necesarias sobre ellas.

La CA inserta su nombre en cada certificado y lista que emite, las cuales son firmadas digitalmente con la clave privada de la AC (32).

V.4. Las autoridades de registro

Las autoridades de registro son entidades públicas o privadas que tienen asignada la verificación de información relativa a la identidad de las personas físicas y privadas (33).

Cumplen la cabal función de efectuar el registro de datos de aquellos solicitantes y suscriptores de certificados de firma digital, procurando las necesarias validaciones de identidad mediante el ingreso de determinada información que es requerida (datos personales y datos biométricos, entre otros).

Aclaremos que bajo este carácter es que se ha constituido al Colegio de Abogados de la Provin-

cia de Buenos Aires como autoridad de registro de la autoridad certificante de la Oficina Nacional de Tecnologías de Información.

VI. El esquema criptográfico

En nuestra infraestructura pública de firma digital, la seguridad se logra mediante la combinación de algoritmos matemáticos cifrados mediante códigos informáticos que convergen en claves de acceso. Es lo que se denomina “criptografía asimétrica”.

Pasando a un campo más terrenal, si un tercero quisiera violar el ecosistema no podrá lograrlo sin antes obtener la clave de descryptación necesaria y, asimismo, para el hipotético caso de que la obtuviera y lograra penetrar la seguridad de un documento digital (p. ej., modificando su contenido), dicha vulnerabilidad quedará plasmada y denunciada en el momento en que el destinatario del documento lo descrypte a través de la clave pública del signatario generador, pudiendo constatar que el original remitido no se condice con el que efectivamente arribó al receptor y que fue alterado específicamente mediante la validación de hashes.

La suma de estas medidas de seguridad y recaudos confiere al sistema los caracteres indefectiblemente necesarios para procurar la integridad y la inalterabilidad de los documentos digitales, logrando que la voluntad plasmada del emisor se mantenga vigente e inalterable y elevando el principio del *animus signandi*, es decir, el elemento intencional o intelectual de la firma que consiste en la voluntad de asumir el contenido de un documento (34).

VI.1. Diferentes sistemas

Tradicionalmente, se ha establecido que el sistema criptográfico puede caracterizarse por ser generado mediante dos metodologías, el cifrado simétrico o el asimétrico.

Es “simétrico”, cuando se utiliza una única clave, siendo esta respaldada por una autoridad certificante generadora.

Como sostiene Provenzan Casares, cuando se utiliza el sistema de claves simétricas, el emisor y el receptor del texto de que se trate utilizan la misma clave para cifrarlo y descifrarlo; dicho de otro modo, comparten una misma clave y en esto reside su mayor debilidad, pues la necesidad de comunicarse claves entre emisor y receptor hace necesario encontrar, además, un canal seguro para hacerlo. El problema, claro está, se agrava cuando muchos emisores y muchos receptores deben utilizar la misma clave para cifrar y descifrar documentos, ya que las posibilidades de que terceros obtengan la clave se incrementan (35).

Es “asimétrico”, cuando se utilizan dos tipos de claves que conforman un par, una de las cuales es pública y la otra es privada. Y ambas pertenecen al mismo autor (36).

La que reviste el carácter de pública (37), contenida en un certificado digital junto con la información personal del firmante, se puede entregar a cualquier persona o interlocutor; la otra clave, que reviste el carácter de privada, debe ser guardada diligentemente por el propietario, de modo que nadie tenga acceso a ella.

Brevemente diremos que la persona que haga las veces de destinatario del documento digital firmado y posea la clave pública del firmante remi-

caciones electrónicas. Aspectos técnicos y jurídicos”, LA LEY, 08/07/2020, AR/DOC/1997/2020.

(23) ALTERINI, I. E. - ALTERINI, F. J., “El instrumento ante las nuevas tecnologías. Quid de la firma digitalizada”, LA LEY, 05/08/2020, AR/DOC/2392/2020.

(24) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Valoración probatoria de documentos suscriptos mediante la tecnología de firma electrónica”, *Erreius*, “Temas de Derecho Procesal”, 2019 (sept.), p. 825.

(25) RIVOLTA, M., “Tesis de maestría en Administración Pública: Infraestructura de Firma Digital Argentina: Factores que

explicarían su escasa masividad a 10 años de implementación en el Estado”, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, 2011, p. 20.

(26) MORA, S., “Documento digital...”, ob. cit.

(27) FERNÁNDEZ DELPECH, H., ob. cit., p. 342.

(28) Existe una dicotomía, por lo menos administrativa, dado que la reforma que la ley 27.446, art. 4º, estableció que la autoridad de aplicación es el Ministerio de Modernización.

(29) Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/administrativa/firmadigital/acraiz>.

(30) PROVENZANI CASARES, A. E., “La estructura de la firma digital y la redargución de falsedad”, *Erreius*. Supl. Esp. “Derecho procesal electrónico”, 2018 (dic.), p. 85.

(31) Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/administrativa/firmadigital/entelencian-te>.

(32) RIVOLTA, M., ob. cit., p. 29.

(33) Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/administrativa/firmadigital/firmadigital-remota/autoridadesdesregistropdf#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20la%20Autoridad%20de,marco%20de%20la%20>

normativa%20vigente.

(34) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, cit., p. 56.

(35) PROVENZANI CASARES, A. E., ob. cit.

(36) Los métodos criptográficos garantizan que esa pareja de claves solo se puede generar una vez, de modo que se puede asumir con considerable certeza que no es posible que dos personas hayan obtenido casualmente la misma pareja de claves.

(37) La clave pública está contenida en un certificado digital junto con la información personal del firmante.

tente podrá acceder a los datos cifrados y de esta forma confirmar con un enorme grado de certeza tanto la integridad del documento digital y su voluntad plasmada como la conexidad entre el documento y el titular signatario que lo originó (38).

VI.2. Sistema adoptado por la ley 25.506

Se concluye que el sistema de criptografía asimétrica que aplica a la firma digital en nuestra normativa se establece mediante el uso y la combinación de dos tipos de claves: una clave pública y otra privada.

Las firmas digitales son creadas mediante el uso de un algoritmo matemático de clave pública necesitando para ellos cifrar la información mediante el uso de una clave privada que posee únicamente el titular del certificado digital y hace las veces de emisor.

El receptor del mensaje puede verificar la integridad, la inalterabilidad y el contenido del documento digital, como así la correspondencia de la firma digital plasmada en él con el titular, mediante la constatación por medio de la clave pública del remitente. La clave privada es de única propiedad del titular signatario del documento, quien debe mantener los recaudos necesarios para conservarla, evitando su difusión, si es que quiere mantener el grado de seguridad requerido para la celebración de actos procesales a través del sistema.

Entonces, la clave pública será el instrumento de verificación que utilice el destinatario del mensaje para constatar la integridad del acto jurídico producido, siendo que, al utilizar dicha clave pública del generador del documento digital, se puede descifrar este tornándolo visualizable y legible en su contenido. Es en sí la llave de acceso que desbloquea el cifrado realizado por la clave privada del signatario, permitiendo este juego de dualidad de claves que lo cifrado con clave privada pueda desbloquearse y descifrarse mediante el ingreso de la clave pública del generador (39).

Es muy importante aclarar que todo este proceso se realiza en la esfera de control de la autoridad certificante o “tercero de confianza”, quien, a través de procedimientos de intervención y examen, valida la ejecución de todos los actos realizados por los intervinientes.

VII. Los certificados digitales

Según el art. 13 de la Ley de Firma Digital se entiende por certificado digital el documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular.

Conforme a la definición que ya esbozamos sobre documento digital, siendo que este es un modo de expresión de la voluntad donde quedarán plasmado uno o más actos jurídicos, considerando esto el hecho, humano, voluntario o consciente y lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, con la salvedad de que su concepción es en un formato informático-digital, podemos sostener que un certificado digital es un documento electrónico generado por una entidad certificante, que vincula la identidad de una persona física o jurídica con la firma digital.

Y cuando el emisor de un documento digital lo firma digitalmente, la copia del certificado digital que contiene su clave pública se adosa indisolublemente al documento electrónico y a su *hash*. De tal modo, el receptor puede verificar la

autoría y la integridad del documento recibido, constatándolo contra los registros del tercero de confianza (40).

Acotamos brevemente que, en la actualidad, existe una discusión doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica del certificado digital emitido por una autoridad certificante licenciada para actuar por el Estado, siendo que algunos autores los comprenden en la categoría de instrumentos públicos, mientras que para otros son meramente instrumentos privados. En próximos trabajos nos abocaremos a tratar dicha dicotomía.

VII.1. Vinculación con el titular

Podemos aseverar que un certificado digital tiene como objetivo producir el efecto vinculante entre su titular y la firma digital que plasma en un determinado documento o conjunto de estos, conforme a la mencionada metodología de suscripción que garantiza la seguridad y la eficacia del sistema tecnológico empleado.

En lo que respecta a los abogados litigantes en la jurisdicción bonaerense, dicha vinculación de datos será efectuada por el ColProBA y sus oficiales de registro, siendo que los solicitantes deberán concurrir, indefectiblemente de forma personal, a la institución en la cual se encuentran matriculados, a fin de iniciar el trámite para obtener la firma digital.

Proseguimos al sostener que el certificado digital es adjuntado al documento digital como un sello de confianza y es recepcionado por su destinatario para que por medio de la clave pública del emisor pueda constatar la veracidad acabada del conjunto de datos remitidos.

Como sustenta Iriarte Ahon, se requiere de dos aspectos fundamentales para configurar el certificado digital, proveyéndolo de la correspondiente validez legal (41):

- 1) Que se encuentre firmado digitalmente por una entidad que tenga potestades de autoridad certificante.
- 2) Que a su vez el contenido de dicho documento digital sean los datos personales del titular, dándole la aptitud de producir una firma digital.

A su vez, el certificado deberá contener obligatoriamente:

- 1) El nombre del titular de la firma digital o sello digital, que deberá estar identificado de forma inequívoca;
- 2) La clave pública atribuida a él;
- 3) El nombre de los algoritmos utilizados para la emisión del certificado digital;
- 4) El número de serie del certificado;
- 5) La fecha de inicio y final de la validez del certificado;
- 6) El nombre de la entidad certificadora y su firma digital;
- 7) Información sobre las limitaciones que se hayan establecido para su utilización e información relativa a certificados asociados.

VII.2. Vigencia de los certificados digitales

Ya es sabido que el certificado digital goza de un periodo de vigencia o validez; una vez finalizado este, debe procederse a su renovación.

Comienza en el momento en que el certificado es generado y vinculado al solicitante, siendo que tanto la fecha de generación como la fecha de vencimiento integran la base estructural del certificado digital y pueden ser consultadas por su generador en cualquier momento.

Con el nacimiento de los documentos electrónicos, aunque los objetivos son los mismos, los paradigmas, y por lo tanto los mecanismos, son muy distintos. Y existen varias causales de extinción del certificado digital (42):

— La caducidad.

Ella se produce cuando finaliza el plazo de validez operacional del certificado digital.

Como ya dijimos, el periodo de tiempo válido desde su inicio a su finalización es parte estructural de este.

Una vez caduco, trae la consecuencia aparejada de tornar ineficaz la firma digital derivada de él, requiriéndose la generación de un nuevo certificado antes que se configure el vencimiento para poder continuar operando el sistema.

En la actualidad, el lapso de vigencia de un certificado digital es de dos años para personas físicas y de tres años para personas jurídicas (43).

— La revocación

Esta causal se produce por varios motivos. En primer grado de importancia, por la mera solicitud del titular del certificado digital sin ser necesario expresar motivo o causal del requerimiento.

En segundo grado de importancia, se produce cuando la autoridad certificante constata que se produjo una falsificación culposa o dolosa en el ingreso de los datos personales del requirente para la generación del certificado digital.

En otro orden, puede producirse mediante resolución fundada de autoridad judicial o administrativa como también ante la vulneración de la base de datos generativa de estos o por cualquier otra causal que se encontrase preestablecida en el marco regulatorio interno establecido por la autoridad certificante (que es de público conocimiento).

VII.3. Certificados digitales de mayor vigencia en la actualidad

En la actualidad, existen dos certificados de firma digital que son los principalmente empleados por la Administración Pública y la población en general.

— Certificados CA - ONTI: refiere al empleo de firma digital por *hardware* (*token*). Funciona mediante la utilización de un dispositivo criptográfico (*token*) que cumpla con determinados estándares previamente estipulados por el órgano de contralor.

Estos deberán estar homologados por NIST (National Institute of Standards and Technology), de acuerdo con lo establecido en la Política Única de Certificación de la Autoridad Certificante de la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI) (44).

Certificados CA - Modernización: refiere a la firma digital remota sin dispositivo criptográfico. Ella se emplea a través de la plataforma de firma digital remota (45).

Requiere la interacción de un teléfono celular inteligente con una aplicación instalada para generar una clave OTP (*one time password*) (46).

Esta *app* permite generar contraseñas temporales que utilizarán uno de los tres mecanismos de autenticación existentes en la actualidad (47).

El Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires ha sido constituido como autoridad de registro de la autoridad certificante de la Oficina Nacional de Tecnologías de Información. Es decir, aquí se hará empleo de los certificados AC - ONTI que, como ya se esbozó *supra*, requieren el empleo de dispositivos criptográficos.

VIII. Firma digital. El campo técnico

Ya hemos teorizado sobre la eficacia jurídica de la firma digital en nuestro entramado normativo. En este acápite, analizaremos el campo técnico.

Y se ha esbozado *supra* que, para cumplir con el acto técnico jurídico de firmar digitalmente un documento digital, es necesario emplear el esquema de criptografía asimétrica.

Es decir, el individuo que hace las veces de suscriptor de dicho instrumento empleará el par de claves asociadas entre sí, siendo que ambas pertenecen al mismo autor.

La que reviste el carácter de pública se encuentra contenida dentro del certificado digital y es pasible de ser entregada a cualquier persona dentro del ecosistema, conforme sirve para que el destinatario pueda verificar la firma hecha por el autor originante del documento.

La otra clave, que reviste el carácter de privada, se encuentra protegida por una contraseña y solo es conocida por el titular signatario. Debe ser custodiada diligentemente por el propietario, de modo que nadie tenga acceso a ella e imiten su firma.

Aclarado lo anterior, es necesario avanzar con el concepto de *hash*.

Podemos definir el *hash* como una cadena alfanumérica hexadecimal generada a partir de la aplicación de un algoritmo que debe identificar de manera inequívoca un determinado documento electrónico, de tal manera que el menor cambio realizado sobre él —aunque sea en un bit— sea rápidamente detectado y visualizado (48).

La validación técnica de los documentos electrónicos, en lo que hace a la integridad, se logra utilizando un algoritmo de *hash* que se aplica al contenido, conforme dicho actuar permite establecer que ese instrumento no ha sufrido modificación alguna desde que fue firmado.

Entonces, aquí visualizamos que, en el esquema de firma digital argentino, criptografía asimétrica y *hash* convergen entre sí.

Como sostienen Bender y Beltramo, en el procedimiento técnico de firma digital nunca se “firma” el documento electrónico que se pretende firmar. Lo que se “firma” (encripta con la clave privada) es un *hash* del documento, lo cual es equivalente a firmar el documento, justamente porque ese *hash* representa inequívocamente al documento (49).

Ahora bien, el descifrado del instrumento (técnicamente, el ejercido sobre su firma digital) por parte del destinatario se produce a través del empleo de la clave pública asociada al titular originante. Mediante el cumplimiento técnico de dicho acto, se consigue el *hash* del documento que firmó primariamente el generador.

Y, efectivamente, si del procedimiento matemático de validación que se produzca sobre el

(38) SIMMONS, G. J., “A survey of Information Authentication”, in *Contemporary Cryptology, The science of information integrity*, GJ Simmons, IEEE Press, New York, 1992.

(39) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 58.

(40) Provenzani detalla muy claramente cuáles son los datos que, en la actualidad, se encuentran insertos dentro del certificado de firma digital, al decir que “Un certificado digital se ve aproximadamente así: “El certificador da fe que

el Sr. Juan López es titular de la clave pública: 3081 8902 8181 00ED 254C B8AD D8D4 F35B 4A35 D885 1876 9BA9 DD10 6F2C 4539 ER53 9Y53 3856 ... 33FC A825 BE50 4976 03C2 07B4 2943 72BF 165B 8B02 0301 0001 Válido entre: 01/01/2011 y 31/12/2013 N° de serie: 1001 Firma digital del certificador” (PROVENZANI CASARES, A. E., ob. cit.).

(41) IRIARTE AHON, E., “Firma digital y certificado digital”, *Rev. Ponencia*, Id SAJ: DACF000081.

(42) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 54.

cos...”, ob. cit., p. 54.

(43) Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/anmat/firmadigital/preguntas-frecuentes>.

(44) Recuperado de [https://cpcecba.org.ar/tecnica/firma-digital/486\(45\)](https://cpcecba.org.ar/tecnica/firma-digital/486(45)) Accesible mediante la url: <https://firmar.gob.ar/firmador/#/>.

(46) Una contraseña de un solo uso (OTP), también conocida como PIN de un solo uso o contraseña dinámica, es una contraseña que es válida solo para una sesión o transacción

de inicio de sesión, en un sistema informático u otro dispositivo digital.

(47) Recuperado de <https://cpcecba.org.ar/tecnica/firma-digital/486>.

(48) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., t. I, p. 22.

(49) BENDER, A. – BELTRAMO, A. N., Ponencia presentada en el LXIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Recu-

documento electrónico se obtiene el resultado “verdadero”, dicha derivación da a entender que existe una coincidencia de *hashes* entre el documento original con el efectivamente recepcionado por el destinatario y, consecuentemente, que él no ha sido modificado desde que se produjo el momento de suscripción, como así también, se procurará eficaz certeza acerca de la imputación de autoría sobre él (50).

En resumidas cuentas, como detalla pormenorizadamente Mora, que aquí transcribimos (51), cuando una persona quiere utilizar un sistema PKI para firmar documentos digitales, en principio debe proceder de la siguiente manera:

a) antes que nada, mediante un *software* determinado, esa persona genera un par de claves asimétricas;

b) luego, dicha persona emite una solicitud a un certificado para que acredite su vinculación con la clave pública generada;

c) el certificador corrobora la coherencia y la correspondencia de los datos del solicitante y, en su caso, emite a su favor un certificado que constata la vinculación mencionada (incluyendo los datos del solicitante —titular del certificado— y su clave pública); y

d) finalmente, el certificador consigna dicho certificado en la web, en donde deberá indicar también cualquier novedad al respecto (p. ej., si el certificado ha debido darse de baja).

Luego, para “firmar” efectivamente un documento digital, el titular del certificado procede básicamente como se indica a continuación:

i) primero se genera un resumen digital del documento (un *hash*);

ii) luego se codifica dicho resumen con su clave privada; y

iii) finalmente, se arma un paquete de datos en el que se incluye el resultado de la codificación del resumen referido, así como una copia del documento digital original (sin resumirse ni codificarse) y una copia de su certificado.

En este contexto, el tercero que reciba o acceda al paquete de datos referido, por su parte, debe:

1) ingresar a la web para corroborar que el certificado siga vigente;

2) decodificar el resumen codificado, utilizando la clave pública indicada en el certificado (lo cual da como resultado el resumen del documento original efectuado por el suscriptor);

3) generar un resumen propio del documento digital original; y

4) corroborar que el resumen del documento digital que él generó sea igual al resumen del documento original efectuado por el suscriptor.

IX. Breves nociones sobre la firma electrónica

La ley 25.506 define, en su art. 5º, la firma electrónica como el conjunto de datos electrónicos utilizado por el signatario del documento como su medio de identificación y que efectivamente carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.

Visualizamos entonces que el contexto de la definición de la firma electrónica es más amplio

que el de la firma digital. De todas formas, como ya hemos reiterado a lo largo del presente trabajo, existe una conexión de género y especie debido a que la primera le otorga validez a la segunda respecto de su marco normativo.

Es necesario destacar que el art. 3º de la Ley de Firma Digital señala que se reviste formalmente de validez jurídica a los documentos electrónicos firmados digitalmente conforme los requisitos establecidos en presente normativa, siendo que de esta manera se lo equipara análogamente a un documento en formato papel suscripto ológrafamente; sin embargo, no hace referencia en ningún apartado sobre la firma electrónica.

Como apreciará el lector, se nos brinda un concepto amplio y residual de la firma electrónica, donde se destaca la existencia de un documento electrónico con determinadas características técnicas tendientes a lograr su asociación con el emisor, pero que no llega a cumplir las exigencias de la firma digital. De tal forma, quedan englobados dentro del concepto una enorme variedad de supuestos, pues existen distintos mecanismos para lograr la identificación o individualización del emisor de un documento electrónico, no todos con la misma efectividad y seguridad (52).

Mora señala que al ser firma electrónica básicamente todo lo que no es firma digital, mantiene en la actualidad un contorno extremadamente amplio, reuniendo una variada gama de supuestos técnicos y siendo también muy amplio su espectro de supuestos de seguridad y de resultados contra el rechazo de autoría y rechazo de la integridad (53).

Nobleza obliga, la firma electrónica es el mecanismo de autenticación e identificación más utilizado en nuestro país.

Sobran los ejemplos de la rutina tecnológica habitual de cualquier persona, donde se exige la creación y la utilización de una firma de esta naturaleza, sobre todo en la red, por ejemplo, en el correo electrónico (Outlook, Google), redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter, SnapChat), juegos en red (PlayStation Store, Microsoft Store), descarga de aplicaciones para celulares (App Store, Google Play), mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram), *homebanking*, facturación electrónica, contratación electrónica (Mercado Libre), billetera virtual (MercadoPago, TodoPago), entre muchísimos casos de aplicación.

La facilidad de su generación, la sencillez de uso y los costos de dicha tecnología favorecieron su propagación en la web, e incluso se pondera su uso a través del medio físico mediante la utilización diversos dispositivos, tales como el cajero automático, el posnet, validación mediante de huella digital o iris en móviles, entre muchos otros (54).

Continuamos al sostener que la firma electrónica, al igual que la firma digital u ológrafa, permite identificar a su emisor. Es así que cuando recibimos un correo electrónico o un mensaje multimedia con estas características, sabemos quién fue el remitente, lo mismo acontece cuando ingresamos un PIN en un cajero automático o en un sitio web, o usamos nuestra huella digital, ojo o rostro en un dispositivo especialmente diseñado (reconocimiento de huella dactilar, iris y facial), el sistema informático creado al efecto automáticamente asocia la operación a un usuario determinado.

Entonces, aseveramos que en los casos en que el signatario haya asociado algún dato al mensaje que esté destinado inequívocamente a identificarlo, ello puede ser considerado firma electrónica

en los términos del art. 5º de la ley, siempre y cuando, o bien sea reconocida por él, o bien quien la alega consiga acreditar su validez. Y siguiendo estas líneas, agregamos que la firma electrónica (o la firma digital) son —en su génesis— una forma de identificar que bien puede utilizarse para formar el consentimiento o expresar el pensamiento humano (55).

Dada la enorme variedad de supuestos que quedan englobados en su concepto y de la gran diversidad de medidas de seguridad empleadas, que pueden tener mayor o menor efectividad para impedir que los registros sean alterados, ella no goza de las presunciones de autoría e integridad que caracterizan a la firma digital (arts. 7º y 8º, ley 25.506), ni es equiparada a la firma manuscrita. Veremos cómo dicha cuestión impacta a continuación.

X. Diferencias entre ambos institutos

En primer lugar, la diferencia que posee una firma digital frente a una firma electrónica es la exigencia necesaria para su implementación, siendo mucho más severa para la primera de ellas (56).

Según el art. 9º de la ley 25.506 para que se configure una firma digital es necesario que se den los siguientes requisitos de manera concatenada:

a) Debe haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante.

b) Debe ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente. Es así que se debe permitir verificar la identidad del autor de los datos (lo que se denomina autenticación de autoría).

c) Debe poder comprobarse que dichos datos insertos no han sufrido alteración desde que fueron firmados (proporcionándose integridad al documento electrónico).

d) Por último, dicho certificado debe haber sido emitido o reconocido, según el art. 16 de la ley, por un certificador licenciado. Es así como el certificado de firma digital debe haber sido emitido por una entidad certificante licenciada por el Estado, obteniendo la correspondiente autorización por la autoridad de aplicación nacional.

Conforme el punto d), visualizamos que la diferencia fundamental está dada por las exigencias necesarias para la implementación, específicamente en lo que hace a los requisitos impuestos por ley a la persona del certificador licenciado y al titular de un certificado de firma digital.

Altmark y Molina Quiroga señalan, con agudeza, que la ley argentina ha optado por la política de registro estatal de los certificadores, en el sentido de que estos prestadores de servicios deben obtener una licencia; este recaudo implica una dificultad para la utilización fuera del ámbito estatal. Es así como, en nuestra legislación, una aplicación de criptografía asimétrica de clave pública en la que los certificados digitales no sean emitidos por un certificador licenciado es considerada por nuestra ley como firma electrónica (57).

En efecto, el art. 10 del Anexo del actual dec. 182/2019 establece que los certificados digitales emitidos por certificadores no licenciados serán válidos para producir los efectos jurídicos que la ley otorga a la firma electrónica.

Pues bien, a modo de resumen, si no se sucedieron los requisitos enunciados previamente,

estaríamos frente a una firma electrónica y no así ante una firma digital (todo conforme a nuestra normativa rigente).

No obstante, es fundamental resaltar que el concepto de firma electrónica tiene una gran importancia en el marco normativo nacional, dada la proyección que hizo el legislador de los posibles y continuos avances tecnológicos que se suceden ininterrumpidamente con el paso del tiempo, ya que, como dijimos, el concepto de firma electrónica es mucho más amplio que el de firma digital (58).

En segundo lugar, existe una diferencia desde el ámbito probatorio, siendo que la firma digital goza de las presunciones legales consagradas por el legislador (59).

En consecuencia, para el caso de una mera firma electrónica, la ley 25.506 en su art. 5º es tajante al disponer que “en caso de ser desconocida la firma electrónica, corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

Aquí reside el talón de Aquiles de la firma electrónica en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la ley, por un lado, reconoce su existencia y virtualidad jurídica, y por otro, le otorga una eficacia probatoria condicionada o disminuida, sujeta a la negación —o no— de ella (60).

Y yendo un poco más al plano material, dicha divergencia se aplica en igual sintonía con la firma ológrafa.

Al respecto, se ha dicho que mientras que en la firma “ológrafa” es el tercero quien debe acreditar que la firma es de quien se niega a reconocerla (art. 314, Cód. Civ. y Com.), en la firma digital se presume *iuris tantum* la autoría del “titular del certificado digital”, lo que invierte la carga de la prueba del reconocimiento: en esta última hipótesis será el “titular del certificado digital” quien deba demostrar que la firma no es de su paternidad (art. 7º, ley 25.506) (61).

XI. Conclusiones

El empleo de la firma digital procura certeza en lo que hace a la imputación de autoría sobre la generación, emisión, transmisión y recepción de documentos digitales. Asimismo, con relación a los procedimientos técnicos que son aquí aplicados, se reviste a estos instrumentos de la necesaria integridad provocando una mayor seguridad jurídica para todos los interlocutores.

Aclaremos que, al estado actual de las cosas, no consideramos que haya una analogía exacta entre el soporte papel y el soporte electrónico. Es que el documento digital, al apartarse de las concepciones y las cualidades tradicionalistas del mundo físico ha ido un poco más allá, siendo que, hoy por hoy, este último goza de mayores protecciones, eficacia, eficiencia y seguridades tanto técnicas como normativas.

A lo largo del presente trabajo, hemos querido, a modo fundacional, esbozar un análisis teórico-normativo en lo que atañe el eventual empleo de la firma digital por parte de la colegiación bonaerense, principalmente en lo que hace a la eficacia jurídica que rige sobre dichos documentos y, así también, sobre cómo se produce el funcionamiento técnico de la herramienta. Consideramos que dichas cuestiones, indefectiblemente, deben ser de conocimiento por todos aquellos letrados que, en muy poco tiempo, comenzarán a recorrer el camino que dirige hacia su utilización práctica (62).

Cita online: AR/DOC/2878/2020

perado de <https://e-legales.blogspot.com/2016/06/titulo-la-funcion-hash-en-los-contratos.html>.

(50) Provenzaní Casares lo ejemplifica excelentemente al sostener que el receptor puede asumir con probabilidad rayana en la certeza que el texto proviene del emisor, conforme el siguiente razonamiento retroductivo: “Dado que todo texto que ha podido descifrarse utilizando la clave pública del emisor solo pudo ser cifrado utilizando su clave privada, el texto así descifrado debe, necesariamente, provenir del emisor”

(PROVENZANI CASARES, A. E., ob. cit.).

(51) MORA, S., “Documento digital...”, ob. cit.

(52) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 41.

(53) MORA, S. J., “Documento digital...”, ob. cit.

(54) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 43.

(55) A fin de profundizar, ver: BIELLI, G. E., ob. cit.

(56) JARA, M. L., “La ley de Firma Digital en Argentina. Análisis

del marco normativo nacional y sus problemáticas”, *Ratio Iuris*, Rev. de Derecho Privado, año VII, N° 2, 2019, p. 168.

(57) ALTMARK, D. R. – MOLINA QUIROGA, E., “Tratado de derecho informático”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 586.

(58) BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “Contratos electrónicos...”, ob. cit., p. 45.

(59) ALTMARK, D. R. – MOLINA QUIROGA, E., ob. cit., p. 586.

(60) Pero esta “debilidad” normativa de la firma electrónica puede ser sorteada con éxito en muchos de los casos, de-

biendo adoptarse en consecuencia una estrategia procesal acorde (BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. J., “La prueba electrónica...”, ob. cit., p. 70).

(61) ALTERINI, I. E. – ALTERINI, F. J., ob. cit.

(62) Con el objeto de no extendernos demasiado en el marco del presente trabajo, hemos decidido posponer para futuros artículos todo lo relacionado a las nuevas incumbencias que seguramente se vayan generando.

Abogacía 4.0

Transformación digital de la profesión. Legal Management, Legal Design & Legal Operations

Nicolás Bonina

Abogado y consultor especializado en sector público, regulación económica, nuevas tecnologías, transformación e innovación legal. Docente invitado en la UNLP y en la Universidad Austral.

I. Los desafíos de la práctica legal

En su libro "Tomorrow's lawyers" (1), Richard Susskind alerta sobre tres desafíos que enfrenta la profesión legal:

- El desafío más por menos: por el cual los clientes exigen más y mayores resultados y tareas con menos recursos, presupuesto o con un replanteo de los honorarios. Este desafío aplica por igual tanto a estudios jurídicos como a departamentos *in house*; en este último caso, los clientes de los departamentos *in house* son el CEO, el CFO y/o el directorio de la empresa.

- La liberación (competencia): hasta ahora los abogados tuvimos el monopolio de nuestra incumbencia profesional. Sin embargo, el ecosistema de proveedores de servicios legales se ha ampliado sostenidamente en los últimos años. Este ecosistema hoy incluye a firmas jurídicas, departamentos legales *in house* que desarrollan sus propios *softwares* y equipos, *alternative legal service providers* (ALSP), *legal process outsourcing providers* (LPO), empresas de *legal tech* y las Big Four.

- La tecnología emergente: la aplicación de tecnologías emergentes al ámbito profesional tiene por consecuencia la denominada *commoditización* de la profesión legal, que en la práctica tiene dos efectos específicos: por un lado, la reducción de ingresos; pero, a su vez, la posibilidad de avanzar progresivamente hacia la automatización de nuestra práctica profesional, lo que en el mediano plazo reduce costos y nos permite ser más eficientes y escalables.

Estos son los tres desafíos que están impulsando las transformaciones en el ejercicio de la profesión y en la administración de justicia, que se han visto aceleradas por la crisis sanitaria de COVID-19 y el aislamiento social, preventivo y obligatorio que puso a gran parte de la población a trabajar en forma remota.

II. La digitalización del Poder Judicial. Hacia un gobierno digital

En la Argentina, una de las transformaciones que se ha visto acelerada por la crisis de COVID-19 es la transformación digital del Poder Ju-

dicial. Las distintas jurisdicciones han ido adoptando diversos cambios en el estado de digitalización e incorporación de tecnología que tenían previamente al aislamiento social, preventivo y obligatorio.

La crisis de COVID-19 ha demostrado la necesidad de intensificar el desarrollo e implementación de un *gobierno digital en los tres poderes del Estado* (2) para permitir su óptimo funcionamiento en cualquier situación y bajo cualquier circunstancia.

Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), los pilares de un gobierno digital son: a) la prestación de *servicios digitales basados en sistemas interoperables*; b) el uso de la *firma e identidad digitales* como medios corrientes para realizar todos los trámites ante cualquier poder estatal; y c) la *ciberseguridad* del sistema (3).

En este sentido, el *gobierno digital* es aquel que basa su relación con los ciudadanos y organizaciones en las tecnologías de la información y comunicación, y no a partir del papel (4).

De acuerdo con la OCDE, el gobierno digital puede definirse como "el uso de las tecnologías digitales como parte integral de las estrategias de modernización de los gobiernos con el fin de crear valor público. Esto se basa en un ecosistema de gobierno digital constituido por los actores estatales, organizaciones no gubernamentales, empresas, asociaciones de ciudadanos y personas encargadas de la producción y acceso a los datos, servicios y contenidos a través de interacciones con el gobierno" (5).

"La gestión de la organización legal en forma ágil redundará en mayor eficiencia y eficacia en la dirección de los equipos de trabajo; la confección de nuestros presupuestos; la gestión de los recursos económicos de la organización; la elaboración de planes de trabajo, estimación y gestión de plazos para los entregables y la priorización y asignación de recursos para ser más eficientes."

Ahora bien, como se señala en el informe "How to achieve and sustain government digital transformation" (6) del BID, el primer desafío de la transformación digital de los gobiernos es *vencer la inercia*. Las crisis ofrecen una oportunidad en tal sentido (7), ya que "las mejores oportunidades para adoptar la reforma digital del gobierno tienden a ser reactivas, más que proactivas" (8).

En esta inteligencia, la intensificación de la transformación digital del Poder Judicial deberá ir acompañada de capacitación para el capital humano, para que los esfuerzos puestos en la digitalización y la adopción de las nuevas tecnologías sean efectivos.

Satya Nadella, el CEO de Microsoft que recuperó y puso a la compañía entre las más valiosas del mundo a partir de un profundo cambio cultural de la empresa, señala que "[l]os cambios de cultura son difíciles y, a veces, dolorosos. La principal fuente de resistencia al cambio es el temor a lo desconocido" (9). Por ello, Nadella detalla que, durante sus primeros años como CEO de Microsoft, "el trabajo consistió en mantener el ritmo del cambio [...]. Teníamos que inspirar e impulsar el cambio [...]; nuestros empleados tenían que ver que todo lo que hacíamos reafirmaba nuestra misión, ambiciones y cultura. Y después tenían que comenzar a hacer lo mismo" (10).

Esto pone el énfasis en la necesidad de un compromiso *top-bottom* y en la participación *bottom-top* de los colaboradores para lograr la plena adopción de las nuevas tecnologías en la administración de justicia. Respecto de la gestión del cambio, ampliaremos más adelante en el acápite sobre cultura y *change management*.

III. Disciplinas para abordar el cambio

Primeramente, haremos un repaso de algunas de las disciplinas que han ganado terreno en los últimos años y que sirven para guiar todo proceso de digitalización, automatización y optimización —transformación— de una organización legal.

Luego abordaremos —en un plano más operativo— las áreas que cualquier organización legal debe tener en cuenta para digitalizarse, automatizarse y volverse más eficiente y eficaz.

A los fines de este trabajo, utilizaremos la expresión *organización de servicios legales* u *organización legal* para referirnos indistintamente a estudios jurídicos, departamentos *in house*, direcciones de asuntos jurídicos, Juzgados, órganos jurisdiccionales, etcétera.

III.1. Legal design

El diseño legal es una disciplina que aplica el *mindset*, métodos, herramientas metodológicas, procesos y prácticas del diseño centrado en las personas al ámbito del derecho para crear servicios, productos, soluciones y modelos de negocios jurídicos centrados en el usuario, ágiles, innovadores y accesibles (11).

En palabras de Hagan, el diseño legal "[a]porta una cultura de pensamiento de diseño, investigación de usuarios y métodos de diseño centrados en el ser humano al mundo del derecho. Y en el proceso, establece nuevas métricas clave sobre cómo operamos en el mundo del derecho" (12).

El diseño legal es un enfoque, una forma de aproximarse al derecho y a la complejidad cada vez más demandante de las problemáticas jurídicas; con *mindset* y herramientas de diseño, poniendo en el centro al destinatario de la solución que se está evaluando. De esta forma, el *legal design* sirve para facilitar el acceso, entendimiento y ejercicio del derecho al lego y al profesional; crea mejores sistemas legales y logra mejoras incrementales a corto plazo y transformaciones profundas a largo plazo (13).

La utilización del diseño legal en las organizaciones legales —estudios jurídicos, departamentos legales, Juzgados— puede convertirse en una herramienta clave para mejorar y estandarizar procesos, identificar los problemas y las soluciones que necesita la organización, definir qué tecnología incorporar, desarrollar nuevos servicios y modelos de negocios legales, etc.; y así abordar la complejidad de los temas legales en este mundo VICA (volátil, incierto, complejo y ambiguo) mediante la ideación y el desarrollo de soluciones multidisciplinarias y de alto impacto.

Diseñar el derecho nos permite *prevenir* y, por lo tanto, ser más *efectivos* y *eficientes*. En este sentido, el diseño nos permite *optimizar* el derecho.

"Tecnología. Todo proceso de transformación digital, automatización u optimización de nuestra organización se respalda y potencia con la tecnología. La finalidad de la tecnología es la optimización; y cuando la utilizamos con dicha finalidad, obtenemos el mejor provecho de su utilización."

III.2. Legal project management y agile

Otra de las tendencias que se impone progresivamente en la gestión de los casos, temas y organizaciones legales es la incorporación de herramientas y capacidades de *project management*.

Existen diversas metodologías y herramientas. Nosotros haremos mención de algunas metodologías ágiles de gestión de proyectos, pues constituyen excelentes herramientas para abordar esta tendencia en forma eficiente y coordinada; son fácilmente adaptables al sector legal; y, a la vez, otorgan mayor *empowerment* al resto de los colaboradores (14).

La gestión de la organización legal en forma ágil redundará en mayor eficiencia y eficacia en la dirección de los equipos de trabajo; la confección de nuestros presupuestos; la gestión de los recursos económicos de la organización; la elabo-

(1) SUSSKIND, Richard, "Tomorrow's lawyers. An introduction to your future", Oxford University Press, 2017, 2ª ed.

(2) Vale destacar que en los últimos años ha habido importantes avances en la materia y precisamente, para capitalizar estos avances, resulta necesario profundizar este proceso de transformación digital, simplificación, desburocratización y modernización del Estado.

(3) BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, "Gobierno digital", curso online en <https://www.edx.org/course/gobierno-digital>.

(4) Ampliar en BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO,

"Gobierno digital", ob. cit.

(5) OCDE, "Revisión del gobierno digital en Argentina. Acelerando la digitalización del sector público", 2018, informe online disponible en <https://www.oecd.org/gov/digital-government/digital-government-review-argentina-key-findings-2018-es.pdf> (último acceso el 22/08/2020).

(6) BRACKEN, Mike - GREENWAY, Andrew, "How to achieve and sustain government digital transformation", Ed. BID, 2018, informe online disponible en <https://publications.iadb.org/publications/english/document/How-to-Achieve-and-Sustain-Government-Digital-Transformation.pdf> (último acceso el 11/05/2020).

(7) BRACKEN, Mike - GREENWAY, Andrew, "How to achieve and sustain...", ob. cit.

(8) BRACKEN, Mike - GREENWAY, Andrew, "How to achieve and sustain...", ob. cit.

(9) NADELLA, Satya, "Oprime refrescar", Harper Collins Español, Estados Unidos, 2017, p. 117.

(10) NADELLA, Satya, "Oprime refrescar", ob. cit., p. 83.

(11) HAGAN, Margaret, "Law by design", 2020, e-book disponible en <https://www.lawbydesign.co/> (último acceso el 18/08/2020).

(12) HAGAN, Margaret, "Law by design", ob. cit.

(13) HAGAN, Margaret, "Law by design", ob. cit.

(14) Al respecto, se ha señalado que "[e]l *empowerment* es el proceso de permitir a los trabajadores establecer sus metas de trabajo, tomar decisiones y resolver problemas dentro de su esfera de responsabilidad y autoridad. La participación es el proceso de dar a los empleados voz en la toma de decisiones acerca de su trabajo". Ambos métodos —*empowerment* y *participación*— son formas de *empowerment* y *participación* que se refuerzan mutuamente.

ración de planes de trabajo, estimación y gestión de plazos para los *entregables* y la priorización y asignación de recursos para ser más eficientes. Desde ya, cualquier organización legal ya se ocupa de estas actividades. La diferencia es que con la implementación de metodologías ágiles ganaremos en estandarización, eficiencia y eficacia.

Dentro de las distintas metodologías, Kanban es una herramienta de *agile project management* simple, pero efectiva; visual; fácil de incorporar y usar; adaptable al mundo legal; y cuenta con una variedad y cantidad de *apps* y herramientas gratuitas para comenzar a implementarla. Para la planificación estratégica y operativa, OKR (*objectives and key results*) es una metodología sencilla de utilizar e implementar que integra a los colaboradores de la organización, llenándolos de propósito y compromiso. Tampoco requiere inversiones de dinero. *Lean* y *six sigma* son muy eficaces para mejorar nuestros procesos, circuitos y servicios. De esta forma, a modo de ejemplo, podríamos combinar un análisis FODA (fortaleza, oportunidades, debilidades y amenazas) con OKR para la planificación estratégica y operativa. Luego, aplicar *legal design* y *lean* para diseñar circuitos, procesos y soluciones y volverlos más eficientes y eficaces, e implementar operativamente todo ello con Kanban.

III.3. Legal operations

Legal operations es una función multidisciplinaria que administra, gestiona y optimiza el área legal con el fin de lograr *eficiencia* y *eficacia*. Es decir, *optimiza* la prestación de servicios de la organización legal. En la práctica, identifica las necesidades del negocio de la empresa u organización y las traduce para implementar un modelo operacional que permita al área legal proteger y hacer crecer el negocio (15).

El área de *legal operations* tiene a su cargo e integra todas *las áreas* que se analizarán a continuación —procesos, datos, tecnología y cultura— con el objeto de lograr eficiencia, eficacia y un alineamiento del sector legal con los objetivos del negocio.

Si bien *legal operations* es una disciplina que está entre nosotros desde hace más de una década, en los últimos años ha adquirido mayor relevancia a medida que los departamentos legales *in house* han ido transformándose internamente en busca de mayor eficiencia y eficacia. Entre sus funciones se encuentran:

- La planificación estratégica.

- La gestión financiera.
- La gestión de proveedores.
- La gestión del conocimiento y talento.
- La implementación de procesos y circuitos internos.
- La eficiencia del área.
- La implementación, gestión y supervisión del uso de tecnologías.
- La generación y supervisión de los indicadores (KPI) de eficiencia y eficacia.
- El análisis de datos.
- La gestión del riesgo.

Existen básicamente dos modelos de competencias de un área de *legal operations*, que han sido definidos por el Corporate Legal Operations Consortium (16) y por la Association of Corporate Counsel (17). Según un informe del Boston Consulting Group y de Bucerius Law School (18), todas estas tareas se logran, básicamente, mediante:

- La tecnología.
- La estandarización de procesos.
- *Data analytics*.
- La planificación estratégica.
- La colaboración inter/intrafuncional dentro y fuera del área u organización legal.

El impacto de un área de *legal operations* es transversal a toda organización legal. Según el informe del Boston Consulting Group y Bucerius Law School (19), este impacto puede resumirse en:

- Mayor calidad de trabajo.
- Recursos más eficientes.
- Mejora de la rentabilidad.
- Mayor ahorro de tiempo.
- Mejora de los perfiles de riesgo legal.
- Tasas de retención de talento más altas.

El objetivo final de este enfoque (20) es *diseñar* (21) e implementar un modelo operativo orientado a *datos* —basado en indicadores de gestión claves—, con *procesos* estandarizados y automatizados; potenciado por la *tecnología* e impulsado por nuestros *colaboradores*; a fin de *optimizar el proceso de toma de decisiones* (22) para mejorar la planificación, la eficacia y la eficiencia de nuestra organización.

Un informe de la consultora McKinsey señala que las organizaciones que lograron transformarse exitosamente “desarrollaron modelos operativos de nueva generación que proveen la velocidad, precisión y flexibilidad necesarias para generar nuevas fuentes de valor y reducir los costos radicalmente. El modelo operativo del futuro combina tecnologías digitales y capacidades de mejora de procesos en forma integrada y secuenciada, para mejorar drásticamente los recorridos de clientes (*customer journeys*) y los procesos internos” (23).

VI.1. Datos

Aquello que no se mide, no se puede gestionar. Y para ser más precisos, lo que no se *define* no se puede *medir*, y lo que no se mide no se puede *mejorar* (24).

Por ello los datos juegan un rol clave en nuestra organización, en la transformación digital y en la toma de decisiones. Los datos —previamente definidos y medidos— *sirven para optimizar el proceso de toma de decisiones* (25).

Al optimizar este proceso, reducimos la incertidumbre y automatizamos los procesos internos. Al hacer esto, mejora el manejo de las expectativas de todos los integrantes del equipo, la asignación de las tareas, los tiempos de los procesos y, en consecuencia, la cultura de la organización. A la vez, reducimos el estrés en la toma de decisiones por parte del *management* y mejoramos la eficiencia y eficacia general (26).

Téngase presente que la explosión actual de la inteligencia artificial “se debe a nuestra capacidad de generar y captar datos como nunca antes fuera posible”. La gran cantidad de datos disponibles, sujeta a la capacidad computacional para procesarlos e interpretarlos, “contribuyen a crear modelos de toma de decisiones que, generalmente, exceden la capacidad de cualquier humano”. De esta forma, “los algoritmos de *machine learning* por fin pueden ser utilizados para generar sistemas autónomos para la toma de decisiones, o para recomendar cuál es el curso de acción más conveniente para alcanzar los resultados pretendidos” (27).

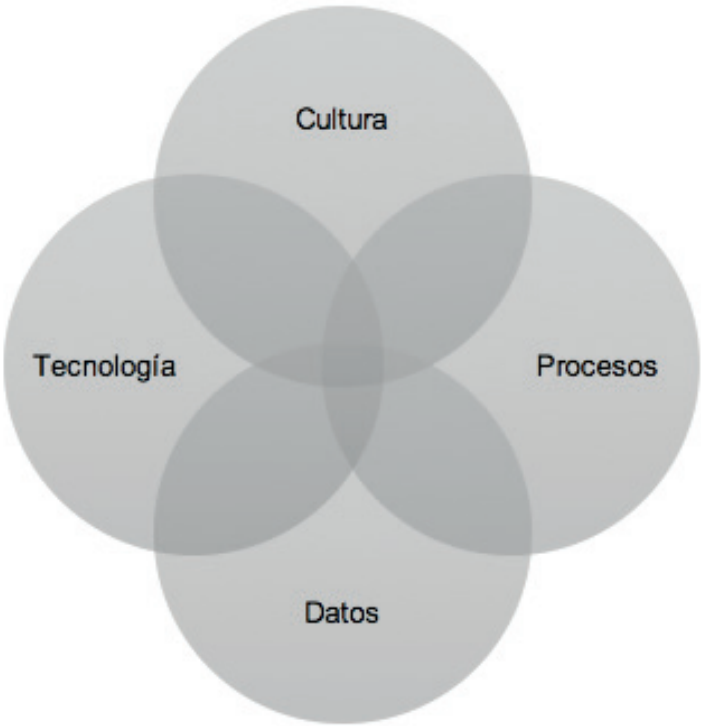
En este proceso de orientarnos a datos, el primer paso es *definir* qué vamos a *medir*. Por ello, un camino es definir nuestros objetivos estratégicos y operativos como organización legal, luego definir qué KPI (28) serán los más útiles para alcanzar estos objetivos y, finalmente, ponerlos en práctica.

A continuación, algunos ejemplos:

	Tribunal	Estudio Jurídico	Departamento In House
Objetivo Estratégico	Ser el Tribunal más centrado en el justiciable.	Ser el estudio jurídico más centrado en el cliente.	Ser más eficientes y convertirnos en facilitadores del negocio.
Objetivo Operativo	Reducir los tiempos de dictado de sentencia.	Prevenir y mitigar riesgos de nuestros clientes.	Automatizar aquellas tareas que no agregan valor. Participar activamente desde el comienzo de los proyectos para evitar sólo ser reactivos.
KPI	1: Cantidad de sentencias emitidas por mes o quarter por tipo de causa. 2: Plazo de demora de cada sentencia por tipo de causa.	1: Cantidad de casos (previamente definir caso) por mes o quarter. 2: Tipos y causas de los casos. Chequear si hay estacionalidad. 3: ¿Cuántas mediaciones y SECLO's tenemos por mes? 4: ¿Cuál es el promedio económico de los arreglos? 5: ¿Cuál es la tasa de arreglos?	1: Cantidad de casos que llegan a nuestro análisis. 2: Tiempo de demora en analizar el tema y devolverlo. 3: Cantidad de devoluciones positivas/negativas. 4: Cantidad de abogados que trabaja cada tema/caso. 5: Cuántos contratos confeccionamos por mes. 6: Tipo de contratos (cuáles agregan valor y cuáles no). 7: Cantidad de tiempo que demora legales en confeccionar contratos. 8: Cantidad de proveedores de servicios legales. 9: Presupuesto total asignado a proveedores de servicios legales. 10: KPIs para proveedores de servicios legales.

IV. Las áreas clave de la transformación

Hay cuatro áreas de toda organización legal que deben articularse para hacer frente a estos nuevos desafíos:



tipicación— mejoran la motivación y compromiso de los colaboradores; ampliar en GRIFFIN, Ricky W., “Administración”, Ed. Cengage Learning, México DF, 2011, 10ª ed., ps. 524 y ss. Ver también FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Esteban, “Administración de empresas. Un enfoque interdisciplinar”, Ed. Paraninfo, Madrid, 2010, ps. 562 y ss.: “El *empowerment* es un proceso que proporciona mayor autonomía a los trabajadores al compartir con ellos información pertinente y ofrecerles control sobre los factores que afectan al rendimiento del trabajo, es decir, consiste en delegar poder a los empleados, de modo que puedan actuar con más libertad para desempeñar sus puestos”.

(15) CORPORATE LEGAL OPERATIONS CONSORTIUM, “What is legal operations?”, 2019, e-book disponible en https://cloc.org/wp-content/uploads/2019/10/What-is-Legal-Ops_Oct2019-FINAL.pdf (último acceso el 22/08/2020).

(16) Véase <https://cloc.org/>.

(17) Véase <https://m.acc.com/legalops/>.

(18) BOSTON CONSULTING GROUP - BUCERIUS LAW SCHOOL, “Legal operations: Getting more from in-house legal departments and their outside counsel”, 2018, e-book disponible en https://www.law-school.de/fileadmin/content/law-school.de/de/units/abt_education/pdf/Studien/Report_Legal_Operations_Bucerius_BCG.pdf (último acceso el 22/08/2020).

(19) BOSTON CONSULTING GROUP - BUCERIUS LAW SCHOOL, “Legal operations...”, ob. cit.

(20) Esquema tomado de SÁNCHEZ SORIANO, Gloria, Group Head of Legal for Technology & Legal Transformation en Banco Santander.

(21) Aquí entra en juego el diseño legal.

(22) La toma de decisiones es la base del proceso de plani-

ficación organizacional; ver GRIFFIN, Ricky W., “Administración”, ob. cit., p. 203. En este sentido, se ha señalado que “planeación significa establecer las metas de la organización y decidir la mejor forma de alcanzarlas. La toma de decisiones, parte del proceso de planeación, incluye elegir un curso de acción de un conjunto de alternativas. La planeación y la toma de decisiones ayudan a mantener la eficacia administrativa al servir como guía para las actividades futuras. En otras palabras, las metas y los planes de la organización ayudan claramente a los gerentes a saber cómo asignar su tiempo y recursos”, ver en GRIFFIN, Ricky W., “Administración”, ob. cit., p. 8.

(23) DIAS, Joao - HAMILTON, David - PAQUETTE, Christopher - SOOD, Rohit, “Cómo comenzar a construir un modelo operativo de nueva generación”, *McKinsey Digital* del 07/03/2017, disponible en <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/how-to-start-building-your-next-generation-operating-model/es-es> (último acceso el 24/08/2020).

(24) Se atribuye a William Thomson Kelvin, físico y matemático británico (1824-1907), la frase: “Lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre”.

(25) En el mismo sentido, SANDE, Tomás, “Derecho digital: innovación legal e inteligencia artificial”, *Rubinzal-Culzoni Online*, RC D 2891/2020, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2020, disponible en https://media-exp1.licdn.com/dms/document/C4D1FAQEtP_XzhicYjA/feedshare-document-pdf-analyzed/0?e=1598274000&v=beta&t=RxHCCWWnyUAFG3Vp6KgBMxyqurdxr-BINLAvPs7XIFQ (último acceso el 23/08/2020).

(26) Por ejemplo, la decisión sobre la adquisición de un software de inteligencia artificial para automatizar proce-

Como puede advertirse, la lista anterior es un mero ejemplo. La definición de objetivos, acciones, datos relevantes y KPI es adaptable a cada organización y operación en particular. Una vez que tenemos definidos los KPI más relevantes, habrá que aplicarlos, recolectar los datos y analizarlos para optimizar los procesos y la toma de decisiones. Téngase presente que, para que este proceso sea efectivo, los resultados de los KPI y de los datos *deben convertirse en acciones concretas y útiles* para alcanzar los objetivos operativos y estratégicos de la organización y para optimizar los procesos y la toma de decisiones (29).

VI.2. Procesos La denominada Cuarta Revolución Industrial es un fenómeno que pone el foco en el salto de la capacidad de procesamiento computacional y, puntualmente, en los grandes avances en modelos de inteligencia artificial y en la automatización de procesos (30).

La automatización de procesos provee datos de manera automática, proporciona mayor previsibilidad, eficacia y eficiencia en las operaciones y en la toma de decisiones. Además, reduce el tiempo y los recursos invertidos en la capacitación de los colaboradores.

Los procesos estandarizados y automatizados evitan el desgaste del *management* en la toma cotidiana de decisiones, permitiéndoles concentrarse en las decisiones de mayor valor agregado para el *core business* de la organización. Esto, a la vez, evita el *micro-management*, práctica que puede llegar a ser un serio obstáculo para la eficiencia y eficacia de la organización.

Para optimizar nuestros procesos, primeramente, debemos identificarlos, obtener datos de ellos (desperdicios y problemáticas de cada proceso), analizar qué podemos mejorar, estandarizar y automatizar, si es conveniente incorporar tecnología y cuál. Luego deberíamos redactar los protocolos que delimiten los procesos y establecer niveles de decisión (31).

Es importante destacar que, a partir de la tendencia hacia la automatización, parte del trabajo de los abogados irá mutando. Por ejemplo, ya no se dedicará tanto tiempo a la confección de contratos o escritos modelos que no agregan ningún valor, pero se dedicará más tiempo a monitorear cómo evoluciona la ejecución de estos contratos o los plazos desde el inicio de un caso hasta el acuerdo prejudicial. Los abogados también invertirán más tiempo en establecer políticas de confección de contratos, protocolos, manuales y guías lo suficientemente claros y estándar para que el área comercial o el cliente pueda confeccionarlos por sí mismo, sin dudas.

La optimización de los procesos debe venir acompañada de KPI, objetivos estratégicos y operativos concretos, a fin de que cada persona pueda tomar la mejor decisión posible de acuerdo con el nivel operacional en el que se encuentre. Esto favorecerá al *management*, que podrá

concentrarse en decisiones con valor agregado, agilizará la organización y llenará de propósito a todos los colaboradores (32), ya que tener la posibilidad de tomar decisiones en el marco de un proceso preestablecido y controlado genera mayor responsabilidad y compromiso.

VI.3. Tecnología

Todo proceso de transformación digital, automatización u optimización de nuestra organización se respalda y potencia con la tecnología. La finalidad de la tecnología es la *optimización* (33); y cuando la utilizamos con dicha finalidad, obtenemos el mejor provecho de su utilización (34).

Ahora bien, si una persona decide iniciarse en el montañismo, seguramente su primer intento no sea el Everest —que es la montaña más alta del mundo, con 8.848 msnm, y que puede llevar hasta dos o tres meses escalar, sin oxígeno y con buena aclimatación—. Probablemente comience con un cerro mucho más accesible, seguro y de menor altura.

Con la tecnología sucede lo mismo. Si nuestra organización legal funciona con Word y Excel, quizá debamos iniciar nuestra transformación digital con aplicaciones gratuitas para comenzar a estandarizar y sistematizar nuestros procesos internos y nuestro trabajo.

Si nuestra organización legal funciona sin procesos estandarizados, quizá lo primero que debamos hacer es identificar estos procesos, estandarizarlos y establecer algún soporte tecnológico básico que nos permita ir aproximándonos a la automatización.

Hoy en día existe en el mercado una amplia oferta de aplicaciones con un modelo de negocio *freemium*, que dan acceso gratuito a ciertas o todas sus características y nos permiten comenzar de a poco. Lo más conveniente es incorporar tecnología con una planificación. Para ello existen las metodologías ágiles y la función de *legal operations* que ya mencionamos, que nos permiten identificar qué tipo de tecnología necesitamos, para qué, y luego supervisar su implementación.

La abogacía todavía sigue siendo, en mayor o menor medida, una profesión artesanal, en un mundo que tiende a la automatización. Y la pregunta que debemos hacernos, seamos abogados de estudios jurídicos o abogados *in house*, es: ¿por qué un cliente —particular, el CEO o directorio de la empresa— querría pagar más por un servicio artesanal cuando hoy existen las herramientas para automatizar ese servicio y que sea más económico?

La respuesta que obtengamos guiará nuestro mayor o menor proceso de digitalización e incorporación de tecnología y el para qué. Sobre este punto, es útil recordar las cuatro etapas de este proceso, que Richard Susskind (35) denomina *commoditización*:



sos de *due diligence* o contratos será difícil si no se cuenta con datos con una masa crítica de casos sobre los pasos de cada proceso, las intervenciones de los abogados, si son en tareas que agregan valor o son tareas tercerizables, tiempo que demora cada abogado, ahorros y rentabilidades de realizar tales implementaciones, etc. El GC de un departamento de legales *in house* tampoco podrá decidir si sus proveedores son eficientes si no estableció previamente los KPI que considera relevantes para definir esa eficiencia.

(27) Todas las citas en SANDE, Tomás, "Tecnología y derecho: las nuevas lenguas parecen matemáticas", Rubinzal-Culzoni Online, RC D 2583/2020, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2020, disponible en https://media-exp1.licdn.com/dms/document/C4D1FAQHm0wv0Sy4RJQ/fe-edshare-document-pdf-analyzed/0?e=1598270400&v=beta&t=Cu8u0J65TCJH-voFZ8WqeFIPy8WV87Xxh_UeEdi1d6A

(último acceso el 23/08/2020).

(28) Del inglés *key performance indicator*.

(29) La clave está en considerar los datos como un *activo estratégico* y convertirlos en ideas útiles; ver ROGERS, David L., "Transformação digital", Ed. Autêntica Business, São Paulo, 2017, p. 123.

(30) SANDE, Tomás, "Tecnología y derecho...", ob. cit.

(31) Ver el recorrido y las transformaciones promovidas por el sector de *Legal Operations* de Mercado Libre en CHRISTOPHERSEN, Rodolfo, "1st best practice meeting MercadoLibre 2019 – IDEA", 2019, *webinar* disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=UwIkOFKDKms> (último acceso el 22/08/2020); CHRISTOPHERSEN, Rodolfo, "Procesos. Legal operations", 2020, *webinar* disponible en <https://alster.law/2020/08/17/webinar-procesos-legal-operations/> (último acceso el 22/08/2020).

(32) Ver *infra*, la referencia al *empowerment*.

Este esquema nos permite identificar en qué etapa se encuentra nuestra organización y focalizar nuestros esfuerzos para pasar a la inmediata subsiguiente. La automatización puede lograrse mediante la incorporación de tecnología de terceros, paga o gratuita, o mediante el desarrollo e implementación de tecnología específica para nuestra organización.

Vale resaltar que, si bien al comienzo la *commoditización* tiene un efecto negativo, pues reduce los ingresos y, en muchos casos, incrementa la inversión, con el tiempo tiende a reducir costos y volvernos más eficientes, lo que puede transformarse en una ventaja competitiva.

Modernizar y transformar digitalmente nuestra organización legal puede presentar diversas aristas. Desde mejorar el *back office* y la infraestructura IT hasta incorporar desarrolladores, desarrollar el sitio web y las redes sociales, utilizar herramientas de trabajo colectivo y remoto, automatizar contratos y escritos, estandarizar procesos, mejorar el gasto en estudios jurídicos externos, reducir plazos de los casos o juicios, etcétera.

Como ya señalamos, la mayoría de las veces podemos empezar a transformar nuestra organización con las herramientas básicas que tenemos a mano. Optimizar nuestros procesos internos para evitar *desperdicios* (36) e incorporar herramientas de trabajo remoto y colaborativo junto con la tecnología necesaria, son fundamentales para reducir costos y ser más eficientes, agregando valor al cliente.

"Modernizar y transformar digitalmente nuestra organización legal puede presentar diversas aristas. Desde mejorar el *back office* y la infraestructura IT hasta incorporar desarrolladores, desarrollar el sitio web y las redes sociales, utilizar herramientas de trabajo colectivo y remoto, automatizar contratos y escritos, estandarizar procesos, mejorar el gasto en estudios jurídicos externos, reducir plazos de los casos o juicios."

Carlos López-Quiroga Teijeiro, socio en Uría Menéndez, señala que "[e]l proceso de innovación en el sector legal [...] va más allá de la mera incorporación de tecnología. Es una labor que afecta de forma global a todos los integrantes de una firma de abogados y que ha de contar con el apoyo del *management*, responsable en última instancia de mantener o incentivar esa filosofía. Persigue no solo una evolución de la digitalización de todos los procesos sino la eliminación de toda carga burocrática o administrativa, liberando el tiempo de los abogados y el personal de apoyo para el análisis cualitativo y, claro está, para una me-

jor conciliación y flexibilidad en la organización del trabajo que posibiliten la prestación de servicios legales bajo unos estándares de calidad excelentes" (37).

Por ello, es importante recordar que la tecnología es una herramienta, un *habilitador*, pero debe ir combinada con cambios organizacionales y de *mindset* para asegurar mejores resultados. Como señala Bill Gates (38):

— La primera regla de cualquier tecnología utilizada en un negocio es que la automatización aplicada a una operación eficiente aumentará la eficiencia.

— La segunda regla es que la automatización aplicada a una operación ineficiente aumentará la ineficiencia.

De allí que lo recomendable es concentrarnos primero en nuestros procesos y circuitos internos, en los datos, en la cultura, en la propuesta de valor de nuestra organización, en la visión y el propósito para ser eficientes. Y, recién allí, elaborar un plan para incorporar la tecnología que sirva para optimizar los objetivos determinados previamente.

VI.4. Cultura, personas y change management

Todo lo anterior no servirá de nada si no focalizamos gran parte de nuestro esfuerzo en nuestros colaboradores y en la cultura de nuestra organización. Peter Drucker lo ha señalado de esta manera: "La cultura se come a la estrategia para el desayuno" (39).

La cultura organizacional se ha definido como "el conjunto de valores, creencias, conductas y actitudes que ayuda a los miembros de la organización a entender lo que representa, cómo hace las cosas y qué considera importante" (40) y como la "forma acostumbrada o tradicional de hacer las cosas" (41).

Según Satya Nadella, "[c]ultura es la forma de pensar y actuar de las organizaciones; sin embargo, quienes la configuran son los individuos" (42). En este sentido, para que una organización sea innovadora necesita una *cultura* que abrace nuevos conceptos y nuevas capacidades, en vez de ahogarlos (43).

Los equipos de trabajo de las empresas tecnológicas más exitosas del mundo se manejan con una cultura y reglas que contradicen a los equipos convencionales. Se organizan a partir de estructuras horizontales. Esto le da un sentido de propósito al equipo, fideliza al colaborador y evita el recambio y la rotación de empleados. A su vez, las estructuras más flexibles y menos verticales estimulan las conexiones entre sectores, la creatividad e innovación (44).

Transformar nuestra cultura organizacional requiere una decisión e involucramiento del *management* de la organización legal, redoblar esfuerzos en identificar y establecer valores organizacionales concretos, en la selección y gestión del capital humano. Como se ha señalado, "los equipos innovadores logran resultados que acer-

(33) VEDIA, Luis A. de, "Introducción a la filosofía de la ciencia y la tecnología", Eudeba, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 95.

(34) SANDE, Tomás, "Derecho digital...", ob. cit.

(35) SUSSKIND, Richard, "Tomorrow's lawyers...", ob. cit., versión Kindle.

(36) Terminología utilizada en la metodología *lean* de mejora continua.

(37) LÓPEZ-QUIROGA TEIJEIRO, Carlos, "Legal tech en grandes despachos", en MOISÉS BARRIO, Andrés (dir.), *Legal tech. La transformación digital de la abogacía*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, versión e-book.

(38) Ver STANCOMBE, Christopher, "Tempted to rewrite Bill Gates' rules on automation?", Capgemini, 2015, versión *online* disponible en <https://www.capgemini.com/2015/01/tempted-to-rewrite-bill-gates-rules-on-automation/> (último acceso el 22/08/2020).

(39) Ver BRAUN, Eduardo, "Opinión. La cultura se come a la estrategia para el desayuno", *La Nación*, 2014, versión web disponible en <https://www.lanacion.com.ar/economia/la-cultura-se-come-a-la-estrategia-para-el-desayuno-nid1654901/> (último acceso el 22/08/2020).

(40) GRIFFIN, Ricky W., "Administración", ob. cit., ps. 77 y ss.

(41) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Esteban, "Administración de empresas...", ob. cit., ps. 144 y ss.

(42) NADELLA, Satya, "Oprime refrescar", ob. cit., p. 98.

(43) NADELLA, Satya, "Oprime refrescar", ob. cit., p. 131.

(44) Por ejemplo, Netflix tiene una cultura organizacional de "libertad y responsabilidad. Netflix cree apropiado dar a sus empleados una gran autonomía, pero también obligarlos a cumplir con altos estándares de desempeño. Cada año la compañía hace algo que refuerza la libertad de su gente en la forma de trabajar. Por ejemplo, ya no exige a sus empleados llevar registro de su tiempo de vacaciones, pueden tomar el

can a sus compañías a su razón de ser, tal como aparece consignada en la misión" (45). Por ello es importante descubrir nuestro *por qué*, nuestra *misión*, nuestro *propósito* y *valores* e involucrar a nuestros colaboradores en la definición de tales premisas.

Finalmente, vale recordar que *la innovación y la transformación digital tienen que ver con las personas y con solucionar problemas agregando*

valor. La tecnología es una herramienta. *Los que innovamos somos los seres humanos* (46).

V. Conclusión

La profesión legal está viviendo tiempos de transformación. La crisis de COVID-19 ha acelerado los procesos de transformación digital del Poder Judicial, de estudios jurídicos y departamentos legales *in house*.

(46) BONINA, Nicolás, "Pensar el futuro de la abogacía", *AUNO Abogados*, nro. 40, 2019, p. 26, <https://www.aunoabogados.com.ar/auno40/#page=26> (último acceso el 15/04/2020), p. 26. Gestionar es, básicamente, gestionar capital humano. De allí que sea tan importante y clave para el éxito de nuestra organización.

(47) MELLADO RAMÍREZ, David — MANCA DÍAZ, Patricia —

Como señalan David Mellado Ramírez, Patricia Manca Díaz y Ana López Mesa, socios de PwC Tax and Legal Services, "la transformación digital es un proceso que comienza con el cambio de la cultura de una empresa: la transformación digital no es solo la digitalización o la automatización de los procesos existentes ('la oficina sin papeles'), ni que solo se trata de tecnología (aunque la tecnología es el habilitador). En última instancia, se trata de lograr que la organización opere de manera dife-

rente al comprender mejor las necesidades de sus clientes, al aprovechar los datos de manera más efectiva y, a partir de aquí, utilizar este conocimiento para desarrollar nuevas ofertas y procesos que mejoren sustancialmente la aportación de valor a los clientes. Se requiere una transformación en la mentalidad de los profesionales, los procesos y los modelos de negocios para construir una cultura corporativa que fomente el cambio" (47).

Toda organización se está convirtiendo en una organización digital (48), y la abogacía también. Como señala Jordan Furlong en su "Prólogo" al libro *The client-centered law firm: How to succeed in an experience-driven world* (49), el momento de actuar es ahora.

Cita on line: AR/DOC/2880/2020

A 20 años de la ley 25.036. Por qué la firma electrónica se impuso a la firma digital

Lisandro Frene

Socio del Estudio Richards, Cardinal, Tutzer, Zabala & Zaefferer a cargo del área de Tecnología; chair del Subcomité de Inteligencia Artificial de la International Bar Association; profesor de Datos Personales en la Universidad Austral.

I. Introducción

El año próximo se cumplirán 20 años de la vigencia de la ley 25.506 de Firma Digital, sancionada en 2001. Desde entonces, ¿cuántas veces hemos visto contratos entre privados suscriptos con "firma digital", en los términos de dicha ley? Pocas; me animo a decir que poquísimas. En mi caso personal, con más de quince años trabajando en esta materia, solo una sola vez he intervenido profesionalmente en un contrato de esas características.

En contraposición a ello, el uso de la "firma electrónica" ha crecido exponencialmente junto con el incremento del uso de la tecnología en todos los campos del derecho y sectores de la industria, al punto de ser hoy día la forma más usada —por lejos— para la celebración de contratos.

En el presente reseñaremos las diferencias entre ambas; el estatus normativo actual de fir-

ma digital y la firma electrónica en la Argentina; por qué nuestra legislación sobre firma digital nunca funcionó; por qué la firma electrónica se impone en la mayoría de las transacciones; cómo analizan nuestros tribunales esta última en caso de conflictos; y cómo consideramos que deberíamos enderezar el rumbo para alinearlos con los países del mundo avanzados en esta materia.

II. Firma y forma de los contratos en la ley argentina

Como principio general, la legislación argentina acepta la amplitud de formas para la celebración de actos jurídicos, salvo para aquellos en que la ley expresamente establece una forma determinada (p. ej., escritura pública). En tal sentido el Código Civil y Comercial dispone: "Libertad de formas. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente" (1). Respecto de los documentos escritos, el Código establece que "La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos" (2).

Respecto de la firma, el mismo cuerpo normativo prescribe que "la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los ins-

trumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento" (3).

III. Firma digital

III.1. Concepto y requisitos

La firma digital —así como la firma electrónica y toda la infraestructura de firma digital argentina— está legislada, con alcance federal, por la ley 25.506 de Firma Digital y su modificatoria, el dec. 182/2019 que reglamenta la ley 25.506 y el dec. 774/2019, complementando las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) relativas a la firma (4).

"Las nuevas formas de autenticación en tecnologías emergentes (blockchain, autenticación biométrica, etc.) muy probablemente pongan en jaque, en breve, a la firma digital y electrónica tal como hoy las conocemos."

La ley 25.506 define la firma digital como "el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su exclusivo control" (5) y la equipara con la firma ológrafa. En términos

prácticos, para obtener una firma digital —considerada como tal bajo el derecho argentino— el firmante debe obtener un certificado digital emitido por un certificador licenciado en los términos de la ley 25.506, para poder con este firmar digitalmente documentos digitales (6).

Los certificadores antes referidos deben indefectiblemente haber sido autorizados para actuar en tal carácter por la autoridad argentina de aplicación de la ley 25.506 (actualmente, la Secretaría de Gobierno de Modernización de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación) y cumplir con los requisitos de la legislación argentina para realizar tal actividad (7). Actualmente existen en la Argentina menos de diez certificadores licenciados (8).

III.2. Efectos legales

La firma digital, en tales condiciones —necesarias para ser considerada como tal— es legalmente considerada equiparable a la firma ológrafa (9) y asegura la autoría del firmante y la integridad del documento digital suscripto por ella (10). Más aún, la firma digital reúne muchos de los requisitos de una firma ológrafa certificada notarialmente (11), por cuanto mediante ella se presume: i) la autenticación del firmante; esto es la identificación del firmante en forma fehaciente; ii) el contenido del documento, que el documento suscripto mediante firma digital no ha sido modificado desde el momento de su firma, en tanto no puede ser adulterado sin dejar evidencia de ello; iii) su fecha cierta y, por último, iv) garantía de que la firma se realizó bajo el control absoluto del firmante (garantía de seguridad).

(1) Art. 284, Cód. Civ. y Com.

(2) Art. 286, Cód. Civ. y Com.

(3) Art. 288, Cód. Civ. y Com. El destacado nos pertenece.

(4) Arts. 284, 286 y 288, Cód. Civ. y Com.

(5) Art. 2º, ley 25.506: "Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento".

(6) Art. 9º, ley 25.506: "Una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos: (a) haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante, (b) ser debidamente verificada por la referencia de los datos de verificación correspondiente; (c) Que dicho certificado

haya sido emitido o reconocido, según el art. 16 de la presente, por un certificador licenciado".

(7) Política Única de Certificación aprobada por res. E-399/2016 del Ministerio de Modernización y posteriormente ampliado por el dec. 182/2019: Art. 17, dec. 182/2019. "Política Única de Certificación. La Secretaría de Gobierno de Modernización de la Jefatura de Gabinete de Ministros establecerá la Política Única de Certificación de acuerdo con los estándares nacionales e internacionales vigentes, la que será de cumplimiento obligatorio para todos los certificadores licenciados que integran la Infraestructura de Firma Digital establecida por la Ley 25.506 y su 'modificatoria'. La Política Única de Certificación deberá contener al menos la siguiente información: "1) Identificación del certificador licenciado. "2) Política de administración de los certificados y detalles de los servicios arancelados."3) Obligaciones de la entidad y de los suscriptores de

los certificados."4) Tratamiento de la información suministrada por los suscriptores, y resguardo de la confidencialidad en su caso."5) Garantías que ofrece para el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de sus actividades".

(8) En la Argentina, actualmente son certificadores licenciados: i) la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), ii) la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), iii) la Oficina Nacional de las Tecnologías de la Información (ONTI), Ministerio de Modernización; iv) Encode SA; v) Lakaut SA; vi) Box Custodia de Archivos SA; vii) Digilogix SA —para certificados utilizados en la Administración Pública Nacional, y para personas privadas—. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/firmadigital/acraiz/certificadoreslicenciados>.

(9) En su art. 3º, la ley 25.506 dispone como principio general, que "cuando la ley requiera la firma manuscrita —del titular del documento—, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital", otorgándole así, el mismo valor proba-

torio a ambos tipos de firma.

(10) Art. 7º, ley 25.506: "Presunción de Autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma". Art. 8º de la ley 25.506: "Presunción de Integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde su firma".

(11) Art. 2º, dec. 182/2019, modif. por dec. 774/2019: "Certificación de firmas. La firma digital de un documento electrónico satisface el requisito de certificación de firma establecido para la firma ológrafa en todo trámite efectuado por el interesado ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada". La norma antedicha reconoce expresamente a la firma digital el carácter de firma certificada solo para los trámites ante la Administración Pública.

IV. Firma electrónica

IV.1. Concepto y requisitos

La ley 25.506 define la firma electrónica como “el conjunto de datos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación y que no llega a cumplir los requisitos establecidos por la ley para ser considerado firma digital” (12). En términos prácticos, una firma electrónica se trata de cualquier documento electrónico mediante el cual el firmante se identifique, que carezca de los requisitos de firma digital. Ejemplos típicos de firma electrónica pueden ser un escaneo o fotografía de firma ológrafa, el nombre e identificación del remitente de un email, o bien sistemas de identificación electrónica provista por terceros como DocuSign, que brindan tales servicios sin cumplir con los requerimientos establecidos por la ley 25.506 para la firma digital.

IV.2. Efectos legales

Si bien —en virtud del principio de amplitud de formas para los actos jurídicos referido en el pto. III del presente— el uso de la firma electrónica para la celebración de contratos es jurídicamente válido, dicho uso conlleva riesgos legales ya que —a diferencia de la firma digital— la firma electrónica es considerada solo un principio de prueba por escrito, pudiendo los terceros cuestionar su autoría e integridad. Esto quiere decir que tales terceros podrían desconocer: i) la validez de la firma y/o aceptación del contrato, así como ii) su integridad, es decir sus exactos términos y/o condiciones y, aun, iii) la fecha cierta en que fue celebrado.

V. La firma electrónica en casos de conflicto

En controversias sobre la validez de un documento suscripto con firma electrónica, nuestro sistema legal establece que su validez dependerá de la producción y el resultado (confirmación o negativa) de otros medios de prueba, siendo quien sostiene la validez de la firma electrónica quien tiene la carga probatoria de producir tales evidencias. Al respecto, el Código Civil y Comercial solo brinda pautas genéricas, en cuanto a que “El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen” (13). En

cuanto a la prueba de los contratos formales, el Código Civil y Comercial sostiene un criterio amplio en el sentido que “pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución. Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato” (14).

La jurisprudencia de nuestros tribunales varía de acuerdo con las circunstancias puntuales de cada caso, dependiendo —como se dijo en el párrafo anterior— de los medios de prueba que aporte quien sostiene la validez de la firma electrónica invocada. Este último lleva el *onus probandi*, debiendo típicamente realizar una pericia tendiente a demostrar la autoría de la firma electrónica y la integridad de los documentos electrónicos en que la misma fue inserta (15). Dicho lo anterior, nuestros jueces se han mostrado abiertos a otorgar peso probatorio a documentos con firma electrónica y a otorgarles validez (incluso en caso de simples correos electrónicos con firma electrónica) cuando lucen verosímiles y concordantes con el resto de la evidencia (16).

“El uso indiscriminado de la firma electrónica evidencia como correlato el fracaso de la firma digital en Argentina. Transcurridos 20 años de la sanción de la ley 25.036, cambiaron sus autoridades de aplicación, las políticas y los criterios de certificación, así como los certificadores licenciados... y el uso de la firma digital sigue estando restringido a un puñado de funcionarios públicos.”

Uno de los modos de mitigar los riesgos de desconocimiento de las firmas digitales, especialmente en relaciones de largo plazo en que las partes prevean un intercambio periódico de documentos (órdenes de compra, de servicios, etc.) es pactar contractualmente la validez de la firma electrónica para ellos. Allí, en las condiciones específicas acordadas de antemano, las partes pueden convenir otorgar a la firma elec-

trónica la misma validez, carácter vinculante y efectos legales que la firma ológrafa (17).

VI. El auge de la firma electrónica

El uso de la firma electrónica ha crecido exponencialmente, al punto de que es la regla en la enorme mayoría de transacciones que celebramos diariamente. Pensemos en la cantidad de operaciones de comercio electrónico de todo tipo; pagos de tarjetas de crédito, débito, billeteras virtuales y/o transferencias bancarias; contratos de instalación de aplicaciones, licencias de uso de *software*... el listado de ejemplos sería interminable. Todos estos acuerdos y negocios se realizan usando firma electrónica. También contratos corporativos por grandes sumas de dinero se instrumentan mediante documentos con firma electrónica, muchas veces con proveedores de firma electrónica como DocuSign, Adobe u otros.

En el ámbito judicial, el uso de la firma electrónica también es la norma. La ley 26.685 (BO del 30/06/2011) consagró para el Poder Judicial de la Nación el expediente electrónico; a partir de dicha norma la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó diversas acordadas (18), instaurando y regulando notificaciones y escritos electrónicos. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la ley 14.142 reformó el Código Procesal de dicha jurisdicción, habilitando notificaciones por comunicaciones electrónicas y los acs. 3845/2017, 3886/2018 y recientemente el 3975/2020 de la SCBA reglamentaron el uso de notificaciones y presentaciones electrónicas, respectivamente (19). El último de los acuerdos antes citado —que entró en vigencia después del aislamiento social preventivo y obligatorio y continúa en su transcurso— incluso prohíbe los escritos a mano o a máquina, salvo urgencias.

Todo este esquema está basado en la firma electrónica en cuanto a la intervención de los abogados en los procesos. La firma digital está reservada para la firma de las sentencias por parte de los jueces.

Frente a este uso masivo de firma electrónica, volvemos a la pregunta del inicio: ¿Cuántas veces han visto los lectores de este artículo contratos entre privados suscriptos con “firma digital”? ¿Podrían nombrar los lectores, sin consultar, a los certificadores licenciados de firma digital en la Argentina? A hoy, los certificadores licenciados privados en la Argentina son solo cuatro (20); ello *per se* nos da una pauta del escasísimo empleo de la firma digital en nuestro país. Tampoco se ha logrado, durante estos veinte años de vigencia de la Ley de Firma Digital, el reconocimiento legal en la Argentina

de firmas digitales de otros países, con la única excepción de Chile (21).

VII. De la tinta a los bits: reflexiones finales

La “firma electrónica” y la “firma digital” son conceptos diferentes bajo la ley argentina. Ambas están reguladas, son permitidas y válidas, pero tienen distintos requisitos y efectos legales. En la práctica, el uso masivo de la firma electrónica contrasta con el casi nulo uso de la firma digital para transacciones entre privados.

¿Qué nos está mostrando esto a los abogados?

En primer lugar, el uso indiscriminado de la firma electrónica evidencia como correlato el fracaso de la firma digital en Argentina. Transcurridos 20 años de la sanción de la ley 25.036, cambiaron sus autoridades de aplicación, las políticas y los criterios de certificación, así como los certificadores licenciados... y el uso de la firma digital sigue estando restringido a un puñado de funcionarios públicos.

En segundo término, exterioriza la necesidad de armonizar nuestra legislación sobre firma digital con la del resto del mundo. Es patente que el sistema de tercero certificador, tal como está planteado en la ley 25.036, nunca funcionó; el mundo fue para otro lado y tenemos que enderezar el rumbo para alinearnos, máxime en una época donde la globalización, la tecnología y la interconexión dominan el panorama jurídico.

La adopción de firma electrónica sin tercero como firma válida para el común de las transacciones, la dotación de mayor eficacia probatoria a ciertos tipos de firma electrónica (junto con jurisprudencia de nuestros tribunales en este sentido) y la implementación normativa de principios como los de las leyes de USA (22), Canadá o la Unión Europea (23) en esta materia (por citar solo algunos ejemplos) serían buenos puntos de partida para empezar a andar ese camino.

Por último, consideremos que las nuevas formas de autenticación en tecnologías emergentes (*blockchain*, autenticación biométrica, etc.) muy probablemente pongan en jaque, en breve, a la firma digital y electrónica tal como hoy las conocemos. Es entendible que el derecho vaya detrás de los hechos; pero cuanto más atrás estemos en términos regulatorios, más desfasados quedaremos de nuestra realidad diaria en la práctica profesional.

Cita online: AR/DOC/2637/2020

(12) Art. 5º, ley 25.506: “Firma Electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizados por el signatario como su medio de identificación, que carezca de algunos de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica, corresponde a quien invoca acreditar su validez”.

(13) Art. 319, Cód. Civ. y Com.

(14) Art. 1020, Cód. Civ. y Com.

(15) CLab. Santa Fe, sala II, 16/09/2016, “Perticarari, Marcela B. y otro c. La Red Interactiva SRL y otro s/ cobro de pesos laborales”, AR/JUR/62077/2016. Allí se sostuvo que “Salvo que se trate de instrumentos emitidos bajo el régimen de firma digital y amparados por ende por la presunción legal de autenticidad (arts. 7º y ss. de la ley 25.506; art. 288, Cód. Civ. y Com.), se impone a quien pretende valerse del instrumento en soporte digital la carga de probar «el triple test de admisibilidad» del documento electrónico, configurado por la verificación de su autenticidad, integridad y licitud. Esto es: 1) la identificación del autor a través del equipo del que procede (con el bemol de que la identificación del ordenador en que se ha generado no necesariamente implica la del sujeto remitente del texto o que confeccionó el documento, si fuera del caso que podían acceder al mismo varias personas); 2) la conservación de la exactitud o integridad, referida ya al contenido del documento, el que al carecer de existencia autónoma y depender de un soporte, es menos fiable que el instrumento escrito en punto a la producción de alteraciones que no pueden

detectarse sino mediante una pericia informática; 3) la licitud de la obtención o captura, en tanto no debe haberse accedido al documento electrónico (o al soporte físico en su caso) violando derechos fundamentales de la parte a quien intenta oponerse”.

(16) CNCom., sala D, 07/11/2012, “Skillmedia SRL c. Estudio ML SA s/ ordinario”; con cita de muchos otros fallos y antecedentes: (conf. CNCom., sala A, 27/06/2006, “Coop. de Viv. Créd. y Cons. Fiduciaria Ltda. c. Becerra Lequizamón, H.”, LA LEY del 24/10/2006, fallo 110.898); *id.*, 16/02/2007, “Henry Hirschen y Cía. SA c. Easy Argentina SRL s/ ordinario”; *id.*, 04/10/2007, “Baires Inter Trade SA c. Otro Mundo Brewing Company SA s/ medida precautoria”; NIETO MELGAREJO, P., “Derecho del comercio electrónico”, Lima, 2005, ps. 126-127; CNCom., sala D, 02/03/2010, “Bunker Diseños SA c. IBM Argentina SA”, voto del juez Dieuzeide, LA LEY 2010-E, 62, con nota de MÁRQUEZ, F., “Valor probatorio de los correos electrónicos”; *id.*, sala B, 15/03/2013, “Peyronel, Miguel A. c. Club Digital SA s/ ordinario”; *id.*, sala F, 13/09/2012, “Ketra SRL c. Omda SA s/ ordinario”; GERSCOVICH, C., “Consumidores bancarios”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, ps. 424/425, CNCom., sala D, 29/08/2013, “Amato, Carlos D. c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ ordinario”. Allí se reconoció valor probatorio a emails (firma electrónica) aun cuando no cumplan con los requisitos de la Ley de Firma Digital, al sostener: “Si bien, como regla, no puede asignarse valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los arts. 2º y 5º de la ley 25.506 sobre «firma digital» no existe impedimento para que igualmente pueda ponderár-

selo como medio de prueba cuando su contenido aparece verosímil de acuerdo con las restantes pruebas del proceso y la sana crítica”.

(17) En este tipo de contratos, es usual pactar otras cláusulas tales como la renuncia a hacer uso de cualquier derecho interponer una acción tendiente a invalidar un contrato celebrado mediante el uso de firma electrónica basándose únicamente en el hecho de que se celebró mediante el uso de la misma; o el acuerdo de que, en caso de litigio, los registros de los documentos electrónicos firmados que hayan mantenido serán admisibles ante los tribunales y constituirán prueba de los hechos que en ellos figuran, invirtiendo la carga de la prueba en la Parte que cuestione la validez de los documentos electrónicos firmados.

(18) Ac. 31/2011, 14/2013, 38/2013, 11/2014, 03/2015 y 23/2017.

(19) BORTHWICK, Sebastián, “Desafío legales en la década de 2020”, LA LEY, Supl. “Abogados 2020”, 29/08/2019, p. 3.

(20) <https://www.argentina.gob.ar/firmadigital/acraiz/certificadoreslicenciados>, sitio oficial del cual surge que de agosto de 2020 los certificadores licenciados privados son Encode SA, Lakaut SA, Box Custodia de Archivos SA y Digilogix SA.

(21) Conf. res. 436/2018 (BO del 26/07/2018) del Ministerio de Modernización de la Nación, que aprobó el Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Certificados de Firma Digital suscripto entre Chile y Argentina el 02/11/2017.

(22) En EE. UU., a nivel federal, rige la *Federal Electronic Signature in Global and National Commerce Act* (E-

Sign Act), aprobada por el Congreso de los EE. UU. en el 2000, disponible en <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter96&sav ed=%7CZ3JhbnVsZWIKOIVTQy1wcmVsaW0tdGl0bGUxNS1zZWNOaW9uZAwMQ%3D%3D%7C%7C%7C0%7Cfalse%7Cprelim&edition=prelim>. Su art. §7001 dispone: “(a) En general: sin perjuicio de cualquier estatuto, regulación, u otra ley, con relación a cualquier transacción de comercio interestatal o extranjero: 1) no puede negarse el efecto legal, validez o exigibilidad a una firma, contrato u otro registro relativo a tal transacción únicamente porque está en formato electrónico; 2) no puede negarse el efecto legal, la validez o la exigibilidad de un contrato relacionado con dicha transacción únicamente porque se utilizó una firma electrónica o un registro electrónico al momento de su formación”. A nivel estadual, la *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) provee el marco legal para que los estados adopten legislación estadual que otorgue validez de la firma electrónica. 47 estados de EE. UU., junto con el Distrito de Columbia, Puerto Rico y las Islas Vírgenes, adoptaron alguna forma de la UETA. Nueva York, Illinois y Washington adoptaron su propia legislación.

(23) Regl. UE 910/2014. Su art. 25 prevé que “No se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada”.

Repensar la formación de los operadores del derecho en el nuevo milenio

María Laura Ochoa

MBL Universidad Adolfo Ibáñez.
Santiago de Chile; decana de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y de la
Administración de la Universidad de
San Isidro "Dr. Plácido Marín", Buenos
Aires.

En otras oportunidades hemos dicho que el nuevo paradigma de la democracia constitucional que se instala en la segunda mitad del siglo XX, con la caída de los regímenes totalitarios de Europa y Asia, exige volver a plantear la función social del profesional de la abogacía de cara al nuevo milenio. La norma constitucional, garante de la división de poderes y del reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, define la subordinación del poder establecido a sus mandatos y se concreta a través de lo que se conoce como sistema de control constitucional. De esta manera la norma fundamental asegura su vigencia efectiva. En el orden supranacional, la Organización de las Naciones Unidas, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la Organización de los Estados Americanos, a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como los sucesivos tratados internacionales reivindicatorios de los Derechos Humanos creados bajo la órbita de ambos sistemas, fijan un consenso mundial y regional en torno a la dignidad humana. El control de convencionalidad será el mecanismo encargado de garantizar el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en esos instrumentos en cada uno de los Estados signatarios.

Esta supraordinación de las constituciones y de las convenciones internacionales pone en tensión el paradigma positivista de la modernidad, basado en la democracia procedimental o formal, identificada únicamente con el mecanismo representativo que aseguraba el poder de la mayoría a través de la ley. En adelante, la legalidad nacera condicionada no solo en su validez formal —a través de la autoridad y el procedimiento exigido para la creación de las leyes—, sino también será controlada en su validez sustancial o material —en la adecuación de sus contenidos a los mandatos supraleales del nuevo Estado constitucional de derecho. Cambia el rol de los operadores jurídicos, quienes deberán desarrollar una tarea hermenéutica de mayor complejidad y creatividad, armonizando las reglas de derecho derivadas de los diferentes contextos normativos, resolviendo las contradicciones, integrando el sistema jurídico (internacional, regional, comunitario y nacional) y tornando efectivos los derechos humanos reconocidos por esos instrumentos. En este Estado constitucional de derecho,

nuevas competencias deberán ser desarrolladas en los abogados, sea que se desempeñen como jueces, fiscales y defensores desde la órbita pública o ejerzan la profesión de manera liberal, y más aún quienes nos dedicamos a la enseñanza del derecho. La democracia sustancial fija los límites respecto de aquello que "no puede ser decidido" o bien de lo que ineludiblemente "debe ser decidido" por las mayorías, por formar parte de los principios y derechos constitucional y convencionalmente impuestos al poder público. El poder político y el poder del mercado quedan limitados en su esfera de decisión a lo que es "decidible", de acuerdo con los parámetros de los derechos fundamentales garantizados para todos. Se crean espacios de decisión indisponibles para las mayorías (1).

En el mes de septiembre de 2015 se firmó en Nueva York la Agenda 2030 (2) en la Cumbre del Desarrollo Sostenible entre 193 mandatarios y líderes mundiales. Para lograr los objetivos de desarrollo sostenible —ODS— (3) son necesarias sociedades pacíficas, justas e inclusivas (ODS 16). La incidencia de los operadores del derecho en la construcción de esas sociedades pacíficas, justas e inclusivas es determinante, si pensamos a la actividad de estos profesionales como verdaderos arquitectos de la paz social. En las metas del ODS 16 (4) encontramos la promoción del estado de derecho en los planos nacional e internacional y la necesidad de garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.

En el mes de mayo de ese mismo año, el Papa Francisco ya había presentado la encíclica *Laudato si'* y el concepto de ecología integral que incluye la ecología ambiental, la ecología social, la ecología económica, la ecología cultural y la ecología de la vida cotidiana. En ese documento realiza una exhortación clara a quienes se ocupan de las regulaciones normativas en sus comunidades: "Se vuelve indispensable crear un sistema normativo que incluya límites infranqueables y asegure la protección de los ecosistemas, antes que las nuevas formas de poder derivadas del paradigma tecno económico terminen arrasando no solo con la política sino también con la libertad y la justicia" (*Laudato si'*, 10). Y precisa un nuevo concepto, la justicia entre generaciones: "Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional" (*Laudato si'*, 59).

Los nuevos horizontes de la ética profesional deberán incluir estos temas en sus formulaciones. La construcción de sociedades pacíficas, justas e inclusivas y la defensa de la casa común, que incluye las nociones de ecología integral y de solidaridad intergeneracional, en palabras del Santo Padre constituyen el punto de partida de toda ética social y por ende de toda ética profesional: "La ecología integral es inseparable de la noción de bien común, un principio que cumple un rol central y unificador en la ética social" (*Laudato si'*, 16).

Paralelamente a estos llamados en el nuevo milenio, nos enfrentamos a la incertidumbre de

sociedades cada vez más complejas y fragmentadas. En un breve texto cuya lectura recomiendo Boris Cyrulnik (5) sostiene que Occidente es un fragmentador:

"Es imprescindible una revisión de las reglas de la ética profesional de los operadores del derecho, de acuerdo con la perspectiva de los derechos humanos y actualizada en virtud de los cambios tecnológicos que imprimen una nueva forma a la prestación del servicio de justicia en nuestra comunidad."

"Por lo demás, la fragmentación (es decir, la producción de objetos parciales) es lo que le ha valido a Occidente su poder técnico e intelectual. Y ese objeto parcial se radicaliza, llega cada vez más lejos, ofrece buenos resultados en el laboratorio, pero no ocurre necesariamente lo mismo en el caso de la vida".

Más adelante en esos "Diálogos..." Edgar Morin habla del espejismo que puede provocar la mirada fragmentada de la realidad: "se termina creyendo que las fronteras artificiales entre disciplinas son fronteras que corresponden a la realidad; esa es una primera ilusión" (6). Esta fragmentación nos ha llevado a un servicio de justicia altamente burocratizado y desconectado del derecho humano a la paz y al desarrollo sostenible, que desvincula la actividad profesional del cuidado de la ecología integral (que incluye, como dijimos, la ecología ambiental, social, económica, cultural y de la vida cotidiana). La fragmentación científica generadora de una gran cantidad de herramientas tecnológicas que han reportado innegables beneficios (reducción de tiempos de los procesos y mayor accesibilidad, sistemas de registros y de bases de datos, difusión del conocimiento), puede ser a la vez generadora de una deshumanización del servicio de justicia. Pensemos, por ejemplo, en la "infancia irregular" que incluía a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal y a la niñez abandonada, dejando en la figura de un juez de menores la decisión sobre los proyectos de vida de esos NNyA. La creencia en un profesional del Derecho que carecía de la formación científica suficiente para comprender las necesidades integrales de NNyA, y cuya actividad era en solitario sin la colaboración de equipos técnicos interdisciplinarios especializados, daba lugar a grandes arbitrariedades. Otro ejemplo lo trae Roberto Gargarella, que en un artículo periodístico reciente se refiere al problema del acceso a la justicia de los más pobres. "En efecto, si hay dos 'tragedias' que definen los problemas del Poder Judicial, en las últimas décadas, ellas son la desigualdad y falta de acceso de los más pobres a la Justicia, y el modo en que la

Justicia viene sirviendo a la impunidad del poder (el peor 'cáncer' de la política argentina)" (7).

Es imprescindible una revisión de las reglas de la ética profesional de los operadores del derecho, de acuerdo con la perspectiva de los derechos humanos y actualizada en virtud de los cambios tecnológicos que imprimen una nueva forma a la prestación del servicio de justicia en nuestra comunidad. Una revisión que incluya el concepto de ecología integral y solidaridad intergeneracional dotará de sentido a un servicio de justicia que se encuentra altamente cuestionado. Esta revisión necesariamente impactará en la forma de enseñanza del Derecho. La incidencia de los operadores del derecho en la construcción de esas sociedades pacíficas, justas e inclusivas es determinante, si pensamos a estos profesionales como verdaderos arquitectos de la paz social. Proponemos revisar el rol del profesional de la abogacía en el siglo XXI en la región, conforme a los siguientes objetivos (8):

1. Abogado en cuanto garante de la democracia constitucional, que asegura el estado de derecho, en el delicado equilibrio entre:

a) la regla de la mayoría y el respeto y reconocimiento de las minorías:

b) las reglas del mercado y los límites impuestos en atención a la dignidad humana.

2. Abogado como garante del acceso eficaz de la ciudadanía al servicio de justicia. Servicio de justicia que impone al profesional evitar la litigiosidad, como promotor de la concordia y la amistad cívica de los conciudadanos.

3. Abogado dedicado a la resolución de los conflictos sociales y que, como profesional en el área social, se empeña en la construcción dialógica del mejor argumento jurídico disponible en una comunidad, en un tiempo dado.

4. Abogado promotor de la defensa de derechos de los conciudadanos, en la complejidad social contemporánea. El abogado como mediador entre el discurso jurídico altamente complejo y la sociedad civil, con el fin de evitar lo que se define como la "refeudalización de la opinión ciudadana" (9).

5. Abogado consciente de la inequidad social que caracteriza a la región, asume la defensa y promoción de derechos de los grupos más vulnerables. Latinoamérica exige una responsabilidad social por parte del profesional de la abogacía para con los sectores más desaventajados, como modo de promover la igualdad entre los conciudadanos.

I. El acceso a la justicia y la desigualdad

Augusto Morello, en el homenaje a los 50 años del Grupo La Plata, hacía referencia al trabajo destinado a desarmar las barreras que obstaculizan

(1) FERRAJOLI, L. "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, Madrid, 2009, p. 864.

(2) Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals>.

(3) "17 objetivos para transformar nuestro mundo". Los objetivos de desarrollo sostenible son el plan maestro para conseguir un futuro sostenible para todos. Se interrelacionan entre sí e incorporan los desafíos globales a los que nos enfrentamos día a día, como la pobreza, la desigualdad, el clima, la degradación ambiental, la prosperidad, la paz y la justicia. Para no dejar a nadie atrás, es importante que logremos cumplir con cada uno de estos objetivos para 2030.

(4) Metas del objetivo 16, "Paz, justicia e instituciones sólidas": 16.1. Reducir significativamente todas las formas de

violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo. 16.2. Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños. 16.3. Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos. 16.4. De aquí a 2030, reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada. 16.5. Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas. 16.6. Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas. 16.7. Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades. 16.8.

Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial. 16.9. De aquí a 2030, proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos. 16.10. Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales. 16.a. Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia. 16.b. Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible.

(5) CYRULNIK, B. – MORIN, E., "Diálogos sobre la natura-

leza humana", Ed. Paidós Asterisco, Buenos Aires, 2006, 1ª ed., 1ª reimpr., p. 8.

(6) Ibid., p. 9.

(7) GARGARELLA, Roberto, "Razones para la reforma judicial", La Nación, 6/08/2020, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/razones-reforma-judicial-nid2413414>.

(8) Estos objetivos fueron propuestos como metas para el trabajo "El rol del profesional de la Abogacía en el siglo XXI en Latinoamérica", presentado a partir de la convocatoria que desde la Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil hizo el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el año 2017. Disponible en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/browse?collection=23>.

(9) HABERMAS, J., "Historia y crítica de la opinión pública.

el acceso a la justicia para lograr una jurisdicción eficaz. En ese sentido, los prestigiosos procesalistas del grupo platense vieron en el rol del abogado hace más de 60 años:

“Su responsabilidad social y obligación de custodios de la República. Hemos estado presentes en casi todas las iniciativas destinadas a modernizar su actividad gremial y participativa, marcando el papel de escuderos de las libertades reales, de la igualdad y de la dignidad de todas las personas. Postulamos en su obrar coraje civil, convicciones y un alto calado moral. También empeño por el estudio y la disciplina, y la rectitud como fuente de nuestro prestigio profesional” (10).

En el mismo trabajo Morello también hace mención a la función de los jueces como creadores del derecho y prudentes oficientes de un activismo judicial, en el marco de un modelo de “justicia de protección y acompañamiento”.

El ODS 16.3 busca “Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”. Cuando hablamos de tutela judicial efectiva o del derecho a la jurisdicción en sentido amplio, nos referimos al derecho-garantía para lograr el efectivo respeto de los derechos humanos. Este derecho-garantía a la jurisdicción en sentido amplio incluye, por un lado, el principio garantista de legalidad, de modo que las prestaciones que imponen los derechos sociales constituyan obligaciones para el poder público y no queden obstruidas en la maquinaria burocrática. “[E]s necesario que las leyes prevean unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos” (11). En cuanto a algunos derechos sociales, como los de subsistencia, las garantías para hacerlos efectivos resultan más sencillas de implementar; tal es el caso del empleo de subsidios y asignaciones especiales para paliar los déficits alimentarios o situaciones de excepción como la generada por la pandemia COVID-19. Requieren instrumentos de mayor complejidad las garantías destinadas a hacer efectivo el derecho a la salud (p. ej., al incluir en el plan médico obligatorio algunas prestaciones médicas) o a la educación (p. ej., la asignación por escolaridad o el boleto estudiantil). En tanto, los derechos sociales vinculados con el derecho al trabajo o a la vivienda significan un desafío mayor, por ser más compleja su satisfacción igual para toda la comunidad. En este último caso, la tutela judicial efectiva en caso de omisión del poder público en el acceso a esos derechos es de más difícil realización.

Por otro lado, este derecho-garantía a la tutela judicial efectiva se complementa con el otro principio que Ferrajoli señala como la jurisdiccionalidad, es decir el acceso a la justicia tendiente a promover tanto las acciones positivas por parte del Estado, destinadas a lograr la ampliación progresiva de ejercicio de los derechos humanos, como a la remoción de obstáculos y reparación por las consecuencias sufridas frente a la vulneración de derechos. Explica que “El segundo principio garantista de carácter general es el de jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio

frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión” (12).

El acceso a la jurisdicción, entendido como acto de petición a la autoridad jurisdiccional, en cuanto derecho constitucional fundamental a la tutela jurídica comprende el acceso a la instancia jurisdiccional, la participación durante el proceso y la salida de este a través de la solución dada al reclamo planteado. El derecho fundamental a la tutela jurídica efectiva tiene como correlato la obligación activa del Estado de prestación de ese servicio de justicia. El Estado debe garantizar para una tutela judicial efectiva los siguientes derechos: derecho a un proceso oportuno, a un proceso sencillo, a la jurisdicción en sentido estricto, a la acción, a la contradicción, a la imparcialidad, a la prueba, a la impugnación, a la ejecución (13) (14). Explica Gozáini: “Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio” (15).

El acceso a la justicia es considerado como una especie de derecho “paraguas”, indispensable para el efectivo ejercicio de derechos cuando estos últimos no se están garantizando. Por aplicación de los principios de igualdad y de no discriminación, las autoridades judiciales y administrativas deben garantizar que ese derecho sea ejercido de manera plena. Sin embargo, ya nos alertaba hace una década Carlos Lista en el prólogo al trabajo de la Universidad Nacional de La Plata “Los pobres y el acceso a la justicia” (16):

“Para el Estado, estos sectores y sus conflictos no son centrales en el diseño y estructuración de la justicia oficial. Básicamente, los sectores marginales aparecen en las agendas públicas como sujetos o colectividades a disciplinar. La respuesta de estos es la desconfianza, la indiferencia y el distanciamiento. La policía como intermediaria, por su pertenencia al estado y su proximidad con la comunidad, no constituye un buen nexo para que la brecha que crea alienidad recíproca y alienación jurídica se reduzca o modifique con estrategias de aproximación y revinculación. En estas condiciones sociopolíticas y jurídicas el acceso a la justicia estatal no aparece como un camino fácil de recorrer en ninguno de los sentidos”.

Al principio de legalidad en sentido estricto y de debido proceso contenido en nuestra CN art. 18 debemos incorporar el principio de tutela judicial efectiva consagrado por los instrumentos internacionales de DDHH y que cuentan con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (17) (art. 75, inc. 22): la Declaración Universal de Derechos Humanos (18) (arts. 9º a 11); la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (19) (art. 28); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (20) (arts. 8º a 10); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (21) (arts. 9º, 14 y 15); la Convención sobre los Derechos del Niño (22) (arts. 9º, 12, 21, 22, 37, 39 y 40); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (23) (arts. 3º, 5º y 13); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (24) (arts. 1º a 4º, 15 y 29); la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Adultas Mayores (25) (arts. 3º, incs. I] y n], 4º,

incs. c] y e], y 31). A lo largo de los últimos 50 años se ha ampliado la cobertura para el ejercicio efectivo de los derechos humanos.

A este amplio marco normativo internacional que sustenta la tutela judicial efectiva y el avance para erradicar la desigualdad en ese acceso debemos sumar las Reglas de Brasilia del 2008 (26) sobre “Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, a las que la Corte Suprema adhirió a través de la ac. 5/2009 (27). La condición de vulnerabilidad de las personas está dada en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, y que encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (pto. 3º de la Secc. 2ª de las Reglas de Brasilia). A su vez, el pto. 4º las Reglas de Brasilia señala las causas de vulnerabilidad que podrían llevar a esa condición a las personas y, entre otras, destaca las siguientes:

“la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

“En el proceso de formación de los abogados, el enfoque sociológico del derecho entendido como experiencia humana permite tomar contacto con las desigualdades estructurales que nos atraviesan como sociedad y que impiden a las personas individual o colectivamente consideradas el acceso a derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación.”

Si revisamos esta justicia de acompañamiento de acuerdo con el ODS 16, vemos por ejemplo que, con relación a los niños, niñas y adolescentes (NNyA), la meta 16.2 propone “Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños”. Asimismo, en el párr. 16.7 se busca “Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades”.

Con relación a la función de los operadores jurídicos en esta justicia de acompañamiento o tutela diferenciada, y para que estos instrumentos internacionales no queden reducidos a meros enunciados declarativos, nos explica la profesora Guillermina Sosa que “La categoría de sujetos vulnerables impone a los operadores jurídicos modos de actuar diferenciales, de la mano de las acciones positivas impuestas a los Estados desde los diversos instrumentos de derechos humanos de los que el Estado es parte y de nuestra Carta Fundamental

a fin de propender a la igualdad real de oportunidades” (28). En este trabajo la autora habla de la actividad jurisdiccional de los operadores del derecho desde un enfoque de derechos humanos con el que hay que interpretar y aplicar las reglas generales, actividad centrada en los principios “pro o a favor de la persona”, de progresividad de derechos y el de efecto útil de las reglas y garantías, asegurando el cumplimiento de sus efectos propios. La detección de la condición de sujeto vulnerable o de las causas que podrían colocar a la persona en situación de vulnerabilidad requiere nuevas destrezas de los abogados del siglo XXI y, en consecuencia, las escuelas y facultades de Derecho debemos trabajar en ese sentido.

II. La formación de los profesionales del derecho con conciencia de su rol social

En comunidades como la nuestra, con altos índices de desigualdad (29), la determinación de la condición de sujeto vulnerable o la detección temprana de las causas de vulnerabilidad que afectan a las personas exigen una especial sensibilidad de los operadores jurídicos. Esa sensibilidad debe ser desarrollada durante su proceso de formación profesional, empatía indispensable para llevar a cabo la tarea de construcción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Edgar Morin (30) se pregunta: “¿Qué es la empatía? En el fondo, es un proceso de proyección e identificación. Me proyecto sobre otro y lo identifico conmigo”. La vinculación de estudiante con el contexto en el que desarrollará su tarea profesional es indispensable para que tome conciencia de su rol social, como operador jurídico de esta justicia de acompañamiento que exige una tutela diferenciada para prevenir, restaurar y resarcir las consecuencias de las amenazas y/o de las vulneraciones de derechos. “La vulnerabilidad del sujeto demanda una tutela diferenciada, eliminar todo valladar que impida, dificulte, el ejercicio del derecho del que es titular. Impone un deber de prevención por parte de la judicatura como último eslabón del control de convencionalidad interno” (31). En el plano de las relaciones de consumo, por ejemplo, en el año 1994 la CN introduce los derechos de los consumidores y de los usuarios en el art. 42 (32). La legislación nacional reglamenta los derechos de los consumidores y usuarios y las garantías para su protección —leyes 24.240 (33), 26.993 (34), 26.994 (35) y el dec. 202/2015 (36)—. La CN en su art. 75 inc. 23 impone al Congreso Nacional la obligación de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. Recientemente la res. 193/2020 (37) de la Secretaría de Comercio Interior reconoce que a la “vulnerabilidad estructural de todos los consumidores en el mercado, algunos de ellos pueden encontrar agravada su situación en razón de su edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, entre otras, lo que obliga a la adopción de medidas de tutela diferenciada sobre estos sujetos”, a los que denomina hipervulnerables o con vulnerabilidad doble o agravada. En el art. 2º de la res. 193/2020 se listan las causas que pueden colocar en situación de hipervulnerabilidad al

La transformación estructural de la vida pública”, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1994, p. 233.

(10) MORELLO, A., “Contribuciones al derecho procesal. 50 años del Grupo La Plata”, DJ 01/02/2006, p. 258, AR/DOC/3868/2005.

(11) FERRAJOLI, L., ob. cit., p. 917.

(12) Ibid.

(13) GOZÁINI, O.A., “Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs. activismo judicial)”, 2002, disponible en <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/Problemas-actuales-del-Derecho-Procesal.pdf>.

(14) FERRER MAC-GREGOR, E., “Prólogo”, en GOZÁINI, O. A., ob. cit.

(15) GOZÁINI, O. A., ob. cit., p. 6.

(16) LISTA, C., prólogo a SALANUEVA, O – GONZÁLEZ, M. (comp.), “Los pobres y el acceso a la justicia”, UNLP, Buenos Aires 2011.

(17) Ley 24.430, prom. 03/01/1995.

(18) Adoptada y proclamada por la res. 217 A (III) de la

Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948.

(19) Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

(20) Ley 23.054, BO del 27/03/1984.

(21) Ley 23.313, BO del 13/05/1986.

(22) Ley 23.849, BO del 22/10/1990.

(23) Ley 26.378, BO del 09/06/2008.

(24) Ley 23.179, BO del 03/06/1985.

(25) Ley 27.360, BO del 31/05/2017, fecha de entrada en vigencia: 22/11/2017.

(26) Dadas en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en la ciudad de Brasilia, del 4 a 6 de marzo de 2008. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

(27) CS, 24/02/2009, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=30455>.

(28) SOSA, Guillermina L., “Sujetos vulnerables. Ajustes en el proceso y en la interpretación del derecho”, LA LEY, 2018-E, 839.

(29) Según informes del INDEC para el segundo semestre

de 2019, “El porcentaje de hogares por debajo de la línea de pobreza (LP) alcanzó el 25,9%; en estos residen el 35,5% de las personas”. Del 35,5% de personas por debajo de la línea de pobreza, el 8% son personas por debajo de la línea de indigencia. Disponible en https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_02_195EFE752E31.pdf. Si nos referimos a la desigualdad social en el colectivo de niñas, niños y adolescentes, en el informe de UNICEF “La pobreza y la desigualdad de niñas, niños y adolescentes en la Argentina. Efectos del Covid-19”, se lee: “Previo al inicio de la pandemia, en la Argentina el 53% de las niñas, niños y adolescentes se encontraba en situación de pobreza por ingresos”. Disponible en https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2020-05/COVID-YPOBREZA_2020_0.pdf.

(30) CYRULNIK, B. – MORIN, E., ob. cit., p. 55.

(31) SOSA, Guillermina L., “Hacia una teoría de la vulnerabilidad”, LA LEY, 2019-B, 939, AR/DOC/800/2019.

(32) Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su

salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

(33) BO del 15/10/1993.

(34) BO del 19/09/2014.

(35) BO del 08/10/2014.

(36) BO del 12/02/2015, reglamentario del sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo ley 26.993.

(37) Res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (BO

sujeto consumidor/usuario y en el inc. i) indica las situaciones de vulnerabilidad socioeconómica. En el art. 3º prevé las acciones para hacer operativa esta protección diferenciada y dispone en el inc. f) "Articular la intervención del Servicio de Patrocinio Jurídico Gratuito creado por resolución 50 de fecha 30 de marzo de 2015 de la ex Secretaría de Comercio del ex Ministerio de Economía y Finanzas"; y en el inc. j) establece la obligación de "Articular acciones con el Consejo Federal de Consumo (COFEDEC), asociaciones de consumidores, entidades empresarias, organizaciones no gubernamentales, universidades, colegios y asociaciones de abogadas y abogados y otros organismos públicos o privados a los fines de promover estrategias para garantizar una protección reforzada a las y los consumidores hipervulnerables" (38).

En el proceso de formación de los abogados, el enfoque sociológico del derecho entendido como experiencia humana permite tomar contacto con las desigualdades estructurales que nos atraviesan como sociedad y que impiden a las personas individual o colectivamente consideradas el acceso a derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación. El análisis crítico en el aula a partir de trabajos cuantitativos y cualitativos que miden la pobreza, las diferencias en las comunidades en el acceso a derechos fundamentales, el estudio de los colectivos con derechos vulnerados y la respuesta jurisdiccional a sus reclamos, son mecanismos que los introducirán en el contexto social desde una perspectiva científica. La práctica profesional de los futuros abogados desarrollada junto con organismos públicos de acceso a la justicia, de defensa del consumidor, los trabajos en el territorio de barrios populares, la participación en clínicas jurídicas de interés público para la defensa de intereses colectivos completarán el ciclo de aprendizaje del abogado para el nuevo milenio. En el manual sobre el rol del profesional de la abogacía en el nuevo milenio dijimos:

"Finalmente, y para concluir, la formación del profesional del derecho ha de conocer la experiencia jurídica en su complejidad. La experiencia jurídica, como experiencia humana, es el resultado de complicados procesos de reconocimiento y comprensión de significados y sentidos, en el que inciden problemas de determinación fáctica, otros estrictamente hermenéuticos derivados de la determinación normativa y la especificación de sus significados, y por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica" (39).

Y junto a estas actividades formativas proyectivas sobre el reconocimiento del rol social de los profesionales del derecho en su comunidad, será necesario el trabajo de reflexión (la introyección) acerca los problemas éticos que presenta su intervención profesional en esa experiencia jurídica. En ese hacer profesional del abogado como promotor de los derechos humanos en las comunidades, que desarma los obstáculos al pleno ejercicio de los derechos de las personas y de los colectivos con derechos amenazados o vulnerados, en una tarea de ampliación y de garantía de derechos, el estudiante irá diseñando el perfil profesional hacia

lo que Augusto Morello (2006) reconoce como el "prudente activismo" que las profesiones del derecho en el siglo XXI exigen.

III. Formar para transformar y transformar para formar

En un intento por humanizar la formación brindada por las universidades, la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), celebrada en París el 09/10/1998, establece las acciones que deberán implementar las universidades en la formación de profesionales del siglo XXI. En las prioridades que deberán fijar en sus programas prevé el respeto por la ética, el rigor científico e intelectual, y el abordaje multi y transdisciplinario del conocimiento. Y más adelante agrega "los principios fundamentales de una ética humana, aplicados a cada profesión y a todos los ámbitos del quehacer humano" (40).

"El acceso a la justicia es considerado como una especie de derecho "paraguas", indispensable para el efectivo ejercicio de derechos cuando estos últimos no se están garantizando. Por aplicación de los principios de igualdad y de no discriminación, las autoridades judiciales y administrativas deben garantizar que ese derecho sea ejercido de manera plena."

Contestes con las necesidades que en particular la enseñanza del derecho exige, como veíamos al iniciar este artículo, para la formación de abogados conscientes de su rol social en el nuevo milenio, en el año 2015 el Ministerio de Educación de la Nación a través de la res. 3246/2015 (41) incluye las carreras de Abogacía del país dentro del art. 43 de la Ley de Educación Superior (42). En sus considerandos se lee:

"Que el título de abogado configura un caso típico de los previstos en el artículo antes mencionado de la Ley de Educación Superior, en tanto, resulta claro que la deficiente formación de los Abogados compromete el interés público poniendo en riesgo de modo directo los derechos y los bienes de los habitantes".

En la res. 3041/2017 (43) el Ministerio de Educación de la Nación aprueba los contenidos curriculares básicos elaborados por el Consejo de Universidades y da inicio al proceso de acreditación de las carreras de abogacía que se dictan en el país. En esos contenidos curriculares básicos se incorporan áreas del derecho que se encontraban vacantes. Pasan a ser contenidos obligatorios para los planes de estudio de las carreras de Abogacía:

los derechos humanos y los derechos de los consumidores y de los usuarios, la sociología jurídica, la metodología de la investigación científica, la argumentación jurídica, la ética profesional, los medios alternativos para la resolución de conflictos. Asimismo, se fija la carga horaria requerida para la práctica profesional, que tendrá como objetivo que el abogado en formación logre "La promoción de una actitud de conciencia, compromiso, responsabilidad social y una práctica jurídica orientada éticamente en todo el proceso de aprendizaje" (44). Este nuevo marco curricular exige un trabajo de adaptación de los planes de estudio vigentes a los contenidos curriculares básicos y a los requisitos de las prácticas profesionales de los estudiantes. En este nuevo escenario es importante también adaptar las formas de enseñanza de la abogacía. Para que opere la transformación buscada no es admisible cualquier forma en su realización.

Según el Diccionario de la Real Academia Española "formar" es "Dar forma a algo" y "transformar" es "Hacer cambiar de forma a alguien o algo". En este sentido, las carreras de abogacía del país han transformado los planes de estudio para adaptarlos a la propuesta del Consejo de Universidades (45) que durante más de dos años debatió acerca de cuáles debían ser los contenidos curriculares que la formación de los abogados requería (46). Pero para que ese marco legal se haga efectivo es preciso que permee hacia:

— La relación de las universidades con las organizaciones de la sociedad civil para generar los acuerdos necesarios para poner en marcha las prácticas profesionales de los estudiantes de las carreras de abogacía: en el enlace entre organizaciones intermedias de la sociedad civil (ONG) que actúan en defensa de un derecho específico, utilizando acciones colectivas, y la investigación y práctica universitaria de las carreras de Abogacía, se crean clínicas jurídicas especializadas en temas como DDHH, infancia y adolescencia, inmigrantes y ancianidad, entre otras. En este caso, con las clínicas jurídicas de interés público se cumple un doble rol, a la vez que se trabaja en la consolidación de sistemas de protección de derechos de ciertos colectivos más vulnerables, se crea la conciencia en el abogado en formación, acerca de la responsabilidad social que le cabe en el ejercicio de la profesión.

— El cuerpo docente que lleva a cabo la tarea de formación de los nuevos cuadros profesionales: la formación del carácter del abogado debe incluir en este nuevo milenio la capacidad de reflexionar sobre su rol en la comunidad, la aptitud para proyectar los alcances de su intervención en toda experiencia jurídica y la habilidad para tomar en cuenta la perspectiva del justiciable a quien pone voz, dentro el debate jurisdiccional. Necesariamente esta actividad requiere un abordaje interdisciplinario, con mirada crítica, que emplee las herramientas de la investigación científica y que tenga como punto de partida la experiencia jurídica como experiencia humana dialógica.

— Los acuerdos interinstitucionales para desarrollar tareas de investigación orientadas al estu-

dio de las problemáticas regionales para generar soluciones concretas: este trabajo de producción de conocimiento, con participación de docentes investigadores y estudiantes becarios, deberá articularse con las organizaciones de la sociedad civil y con los organismos del Estado (nacional, provincial y/o municipal).

— Las facultades de derecho, en cuanto formadoras de nuevos profesionales con conciencia social, pero además productoras del conocimiento en beneficio de la comunidad, en un binomio interdependiente y con la potencia suficiente para comenzar a revertir una de las aristas de la tragedia que transita el servicio de justicia en nuestro país y que afecta el acceso a la justicia de los más desaventajados. La universidad es mucho más que una organización dedicada a la preparación profesional y técnica del estudiante que transita la educación superior. En la universidad debemos desarrollar las capacidades personales, relacionadas con la dimensión proyectiva de la persona, formando profesionales por y para la comunidad. Pero, a su vez, debemos trabajar la dimensión introyectiva de la persona, su capacidad para reflexionar sobre el papel que representa en la comunidad en la que vive. En esto reside la perspectiva ética de la formación profesional proclamada en la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI de la UNESCO y que integra ambas dimensiones: la proyectiva y la introyectiva.

Esta dimensión ética de la formación profesional universitaria remite al concepto de ecología integral del Papa Francisco, inseparable del bien común, "principio que cumple un rol central y unificador en la ética social" (*Laudato si'*, 16). Ecología integral que habla del cuidado de la ecología ambiental pero también de la ecología social, de la ecología económica, de la ecología cultural y de la ecología de la vida cotidiana. Es un concepto que unifica la ética social para evitar la fragmentación de la vida humana. Entender la relación de las personas en su ser y estar con los otros en el mundo, atravesados por redes de significados culturales, implicados en relaciones económicas y sociales, con conciencia de las consecuencias de su intervención profesional en ese entramado humano y de significaciones, es parte de la formación universitaria de los profesionales del nuevo milenio. El jurista mexicano José Ramón Cossío Díaz hace unos años publicó en el diario *El País* un artículo que tituló "Orden jurídico y nomósfera" (47). En ese artículo explicaba, apelando a conceptualizaciones de la biología, que el derecho, en cuanto orden jurídico, constituye una "nomósfera" en la que se desarrollan las relaciones humanas de la vida cotidiana y a la que no hay que contaminar. Tanto el sistema jurídico como el ambiente tienen capacidades finitas, y el contenido de las normas y las acciones que con ellas se realizan formalizan nuestro ser y estar en este mundo. Formar para transformar nuestras comunidades en sociedades justas, pacíficas e inclusivas requiere repensar nuestra propia transformación, como formadores de las futuras generaciones de abogados y abogadas para el nuevo milenio.

Cita online: AR/DOC/2784/2020

del 28/05/2020).

(38) El destacado es nuestro.

(39) OCHOA, M. L. – MARABOTTO, M. I. – GARCÍA BAZÁN, T. – CABRERA, S., "El rol del profesional de la abogacía en el siglo XXI en Latinoamérica", SAIJ, Ministerio de Justicia y De-

rechos Humanos de la Nación, 2018, Buenos Aires, p. 8.

(40) UNESCO, "Declaración mundial sobre la educación superior en el siglo XXI", 09/10/1998, p. 17.

(41) Res. ME 3246/2015 del 02/12/2015.

(42) Ley 24.521, BO del 10/08/1995.

(43) Res. ME 3041/2017 del 08/09/2017.

(44) Res. ME 3041/2017 Anexo.

(45) Acuerdo plenario 146/2017 del Consejo de Universidades del 29/05/2017.

(46) Debates que concluyeron con la propuesta que quedó

plasmada en el anexo de la res. ME 301/2017.

(47) Disp. en https://elpais.com/internacional/2018/05/30/mexico/1527688457_318001.html, publ. el 30/05/2018.

Ética en el ejercicio profesional de la abogacía

Eduardo Rivera López

Licenciado en Filosofía (UBA); doctor en Ciencias Políticas (Universidad de Mainz, Alemania); profesor investigador plenario en la Escuela de

Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella; investigador independiente del Conicet.

I. Introducción

Los abogados y las abogadas cumplen funciones ciertamente esenciales en la sociedad contemporánea: son indispensables para asesorar a las personas y a las empresas cuando realizan contratos o transacciones complejas, re-

presentan a quienes han sido dañados o han sido acusados de dañar a otros, defienden a personas que pueden perder su libertad por haber sido acusadas de cometer delitos, son jueces, fiscales o defensores oficiales en causas penales o civiles, asesoran jurídicamente a legisladores y al gobierno. Es difícil imaginar de qué modo sociedades

complejas como las nuestras podrían funcionar sin estas y otras actividades propias de la abogacía. En particular, es difícil concebir que una sociedad democrática y respetuosa de los derechos fundamentales de las personas pudiera existir sin contar con estas funciones típicas del abogado.

Tal como ocurre con otras actividades esenciales (como la medicina), consideradas genéricamente como “profesiones”, el ejercicio de la abogacía conlleva una serie de responsabilidades especiales, así como algunos privilegios. En esta nota quisiera hacer algunas reflexiones sobre esas responsabilidades (y esos privilegios) desde dos perspectivas. En primer lugar, quisiera evaluar la situación de la ética profesional de la abogacía en nuestro medio desde una óptica institucional: de qué modo las instituciones que regulan la ética profesional funcionan y cómo podrían ser mejoradas. En segundo lugar, haré algunas reflexiones más generales sobre la ética profesional de la abogacía desde la perspectiva del protagonista, el individuo de carne y hueso que debe tomar decisiones moralmente difíciles en su vida profesional.

II. La ética profesional y la regulación ética de la profesión

Como sabemos, la abogacía (al igual que otras profesiones, como la medicina) es una actividad fuertemente regulada, en nuestro país y en resto del mundo. Las regulaciones varían, pero dos características son comunes: el monopolio en el ejercicio de la profesión jurídica y la delegación por parte del Estado en la profesión del control técnico y disciplinario de sus miembros. Esto significa, por un lado, que la mayoría de los actos jurídicos relevantes deben ser realizados (o refrendados) por abogados matriculados. El título de abogado es, además, condición necesaria para ejercer cualquier cargo relevante en la Justicia (juez, fiscal, defensor oficial, etc.). Por otro lado, el actuar de estos profesionales está supervisado, al menos en una primera instancia, por la propia corporación de los abogados.

Se podría discutir el monopolio profesional y la colegiación obligatoria. De hecho, han sido objeto de crítica en la literatura especializada (Barton, 2001, ps. 438-450; Edlin-Haw, 2014, ps. 1093-1164; Levin, 2014, ps. 2611-2617). No es mi propósito en este artículo cuestionar ese monopolio, sino reflexionar sobre cuáles son sus implicaciones y preguntarme si la profesión jurídica y las instituciones educativas que forman abogados están a la altura de las responsabilidades que ese monopolio implica.

Hay dos comentarios preliminares que creo importante hacer. El primero es que la profesión alización de la abogacía (o de cualquier otra actividad) no es una cuestión de todo o nada. El otorgamiento de un monopolio a los abogados matriculados para el ejercicio de la profesión es compatible con muchas medidas de “desprofesionalización” parcial que serían, en mi opinión, altamente deseables. Solo por mencionar algunos ejemplos:

- podría ser beneficioso que muchos actos jurídicos (menores) que hoy requieren la intervención de un abogado (o de un escribano) dejaran de tener ese requisito;

- el lenguaje jurídico (en el que están redactados contratos, sentencias judiciales, oficios, etc.) podría ser mucho más simple y comprensible sin pérdida de contenido técnico, sin la jerga y los giros altisonantes en que suelen abundar;

- los procedimientos podrían ser mucho más simples y comprensibles para los no abogados (1).

Todo esto contribuiría sustancialmente a permitir la participación de las personas legas en

las decisiones jurídicas que les conciernen. Sin embargo, no deseo profundizar en estos puntos, en la medida en que satisfacer estas demandas sería compatible con un grado de profesionalización importante, con la colegiación obligatoria y con el monopolio en el ejercicio de la profesión y su control.

El segundo comentario preliminar es que, más allá de la posición que tengamos respecto del monopolio profesional de los abogados y de cómo la profesión ejerce el control disciplinario, la globalización y el avance tecnológico probablemente reduzcan de hecho ese monopolio en un futuro no demasiado lejano (Suskind, 2017, ps. 93-100). Existen ya hoy diversos programas de computación que permiten realizar documentos simples sin la necesidad de asesoramiento letrado (“Quick Family Lawyer”, “TurboTax”, entre muchos otros) (2). También existe una cantidad creciente de servicios online que asesoran jurídicamente (bien o mal) a costos inferiores a los de los abogados profesionales. No deseo detenerme en este tema aquí. Solo menciono el hecho de que el monopolio legal del ejercicio de la abogacía y la propia práctica de la abogacía (salvo, quizá, en los sectores más sofisticados del derecho) están siendo amenazados por la tecnología y ello plantea una serie de desafíos éticos que deberían ser objeto de reflexión por parte de los propios abogados y de las instituciones que los forman.

“Existen problemas éticos reales, concretos y difíciles en el ejercicio de la abogacía, tanto en el ámbito privado de la profesión liberal como en el de Justicia. Hay situaciones en las que un abogado debe tomar decisiones que no son éticamente inocuas o neutrales.”

Dejando de lado entonces estas consideraciones preliminares, insisto en que hay un núcleo duro de la profesionalización que no deseo atacar o cuestionar: el monopolio de los abogados para la realización de (al menos) muchos actos jurídicos relevantes y para el control de la conducta profesional. En una sociedad compleja y con costos de información muy elevados, creo que, al menos para aquellas cuestiones en las que los derechos de las personas están en juego (tales como el derecho a la libertad o a la justa compensación por daños), es bueno que exista una profesión regulada que garantice ciertos estándares de calidad, eficiencia y honestidad (Ribstein, 2004, ps. 304-315).

En lo que quiero detenerme es en qué es lo que implica esta concesión de un monopolio para realizar una actividad lucrativa. Es, por lo pronto, un privilegio, una ventaja, en comparación con otras actividades laborales, dado que limita la competencia. Ese privilegio se justifica, repito, porque le permite al ciudadano común ahorrar costos de información y reducir el riesgo de error en el momento en el que desea o necesita defender o ejercer sus derechos. El Estado le garantiza al ciudadano, a través de esta regulación, que el profesional al que va a recurrir, por poseer una cierta formación y estar matriculado, tiene ciertas competencias técnicas y éticas suficientes para el ejercicio de esa tarea.

La garantía de idoneidad técnica y moral se materializa a través del segundo elemento mencionado: el control disciplinario que el Estado le delega a la corporación profesional. Este deber de control representa una enorme responsabilidad. Esta responsabilidad la comparten las instituciones educativas que emiten títulos habilitantes y los colegios profesionales que otorgan matrículas. Implica el deber de realizar actividades serias y constantes de formación, regulación y control.

La pregunta que podemos hacernos es si los mecanismos de ingreso a la profesión y de control existentes en nuestro país se encuentran a la altura de esta responsabilidad. Hay razones para pensar, al menos, que hay mucho margen para mejorar. En nuestro medio, cualquier egresado de una carrera de abogacía, en la que (salvo excepciones) no existe un curso obligatorio de ética profesional, está habilitado para ejercer la abogacía. No existe ningún requisito adicional de matriculación (solo debe pagar la matrícula). Por otro lado, una vez que el abogado se ha matriculado, el control de idoneidad técnica y ética que ejercen los colegios públicos es muy limitado.

Mi objetivo aquí no es hacer una crítica o reproche de la actuación de los colegios públicos o de las universidades, sino invitar a reflexionar sobre la enorme responsabilidad que pesa sobre la profesión en materia de reglas de comportamiento y sobre lo que se podría hacer para elevar los estándares de actuación profesional. Quiero mencionar muy brevemente cuatro aspectos referidos específicamente a la actuación de los abogados en el ámbito de la profesión liberal (3).

II.1. Deberes hacia el cliente

El primer campo que deseo explorar brevemente atañe a los deberes profesionales hacia los clientes. En este aspecto, hay al menos dos áreas que requieren mucho más trabajo regulatorio y control disciplinar: la confidencialidad y los conflictos de intereses. La normativa actual (al menos la de las principales jurisdicciones de nuestro país) y la jurisprudencia disciplinar no refleja la complejidad de estos problemas en las condiciones actuales de la vida profesional (4). A modo de ilustración, cito al Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF). Con respecto a la confidencialidad, este código sostiene (art. 10) que “el abogado debe respetar rigurosamente todo secreto profesional y oponerse ante los jueces u otra autoridad al relevamiento del secreto profesional, negándose a responder las preguntas que lo expongán a violarlo. Solo queda exceptuado: a) Cuando el cliente así lo autorice; b) Si se tratare de su propia defensa”. Más allá de su redacción discutible, adviértase que, fuera del uso de información confidencial para la propia defensa del abogado, el código no menciona ninguna otra excepción. Las preguntas posibles son diversas: ¿puede (o debe) un abogado revelar información cuando está en riesgo la vida de un tercero? ¿Solo cuando está la vida en riesgo o también algún otro tipo de daño? ¿Solo cuando el daño va a ser producido por el cliente o también cuando va a ser producido por un tercero? Estas y muchas otras son preguntas que la profesión debería discutir internamente, y esa discusión debería verse reflejada en revisiones más o menos periódicas de las normativas éticas. La *American Bar Association*, por ejemplo, ha revisado varias veces la detallada regla referida a la confidencialidad de sus *Model Rules* (regla 1.6.). En su versión inicial de 1983, por ejemplo, sostenía que estaba permitido revelar información confidencial para “evitar que el cliente cometa un acto criminal que el abogado cree que es probable que resulte en la muerte o en un daño físico sustancial de modo inminente”. Luego de una modificación sustancial de 2003, esta regla se amplió sustancialmente, incluyendo muchas otras excepciones referidas a daños previsibles a terceros (Vance-Wallach, 2003). Independientemente de los detalles, notamos aquí una profesión en la que existe un debate interno sobre cuestiones altamente controversiales.

Un segundo campo de la regulación disciplinaria que requeriría un profundo debate interno es el de los conflictos de intereses. El Código de Ética del CPACF es al respecto nuevamente parco. Su art. 19 dice que el abogado debe “g) Abstenerse de representar, patrocinar y/o asesorar, simultánea o sucesivamente, intereses opuestos, en la misma causa; y h) No anteponer su propio interés al de

su cliente, ni solicitar o aceptar beneficios económicos de la otra parte o de su abogado”. El código es silencioso respecto de un enorme cúmulo de interrogantes que la profesión plantea de modo cada vez más acuciante. Por ejemplo: ¿Cómo deben manejarse los conflictos de intereses dentro de los grandes estudios jurídicos? ¿Cuál es el límite de los deberes de fidelidad y confidencialidad con clientes pasados? ¿Solo hay conflicto de intereses cuando se trata de representar partes opuestas en la misma causa, o también cuando dos clientes tienen potencialmente intereses contrapuestos, aunque no sea en la misma causa? ¿Representa un conflicto de interés la derivación no desinteresada de clientes a otros profesionales?

El caso de los conflictos de intereses es especialmente preocupante debido a varios fenómenos que tienden a agravar o a hacer más probables este tipo de conflictos (Epstein, 1991). En primer lugar, existe una especialización creciente de la profesión. Esto hace que sea cada vez más probable que un mismo profesional se tope simultánea o sucesivamente con clientes con intereses contrapuestos. En segundo lugar, la existencia de estudios jurídicos de gran tamaño también propende a generar más conflictos, dado que resulta más probable que alguno de los profesionales haya estado o esté en contacto con clientes con intereses contrapuestos a los de otro cliente del mismo estudio. Esto se agrava, por último, si (como ocurre actualmente) la movilidad de los abogados es creciente, no solamente entre estudios, sino también entre el sector público y el privado, el mundo académico y el de la judicatura, entre otros (5).

II.2. Deberes hacia la comunidad

El segundo aspecto fundamental al que quiero referirme es el deber de los abogados hacia la comunidad, especialmente hacia los sectores de la comunidad que no tienen acceso a servicios legales por razones económicas. Si los abogados, además de ciudadanos y ciudadanas, son personas a las que se les otorga el privilegio de ser los únicos que pueden representar legalmente causas frente a la Justicia, no pueden ser indiferentes frente a las violaciones de derechos que, justamente, solo pueden ser evitadas o compensadas con la colaboración de los abogados. Aquí entonces es inevitable preguntarse si la normativa que se refiere al asesoramiento gratuito y el acceso a la Justicia por parte de los colegios públicos es el adecuado (art. 11 del Código de Ética, en el caso del CPACF). Es cierto que el derecho al acceso a la Justicia debe ser garantizado por el Estado. También lo es que muchas asociaciones (colegios de abogados privados, ONGs, universidades, estudios jurídicos) realizan tareas encomiables en esa dirección. Sin embargo, mi punto es, nuevamente, que, en la medida el Estado ha delegado en los colegios públicos el monopolio del ejercicio profesional, también le ha delegado (al menos parcialmente) la tarea de garantizar que nadie quede sin asesoramiento y representación legal por carecer de recursos. Aquí también la profesión se merece un debate interno acerca de si los mecanismos adoptados y sus límites (el consultorio gratuito del CPACF, p. ej.) son adecuados para cumplir con esa responsabilidad.

II.3. Ética profesional y formación jurídica

Por último, quisiera mencionar la responsabilidad de las universidades en la formación ética de los abogados. Además de su responsabilidad en la formación específica sobre la ética profesional, las facultades de derecho tienen el deber, en mi opinión, de conformar una academia independiente. No se trata de que todos los cursos sean dictados por académicos puros. Tampoco definiendo que el ejercicio de la profesión o de la judicatura sea necesariamente incompatible con la enseñanza universitaria. Pienso que la experiencia práctica es importante que se transmita en la formación de los estudiantes. Pero sí debe tenerse en cuenta que la simultaneidad de ambas tareas

(1) A favor de este tipo de medidas de desprofesionalización, véase WASSERSTROM 1986, ps. 15-24; LUBAN 1988, ps. 269-272.

(2) Para un panorama de estos sistemas y, en general, de los desafíos de la inteligencia artificial para la ética profesional,

véase RIVERA LÓPEZ *et al.*, 2020, cap 10 (escrito por Celia LERMAN).

(3) Por razones de espacio, no trato específicamente cuestiones relativas a la ética profesional de los jueces, fiscales o defensores oficiales, aunque muchas de las cuestiones que

mencionaré tienen su correlato en estas actividades.

(4) Intentamos justificar esta afirmación en RIVERA LÓPEZ *et al.*, 2020, especialmente en el cap. 13, donde analizamos la jurisprudencia del Tribunal de Disciplina del CPACF.

(5) Nuevamente, podríamos comparar con las reglas refe-

ridas a conflictos de intereses de las *Model Rules* y observaríamos un contraste. Pero no es mi objetivo poner esas reglas como modelo. Solo pretendo destacar la necesidad urgente de que estos problemas sean debatidos seriamente dentro de los colegios profesionales, las universidades y por la sociedad.

puede crear conflictos de intereses y restricciones a la libertad académica (vuelvo a este punto en la sección siguiente).

Por ello, las facultades de derecho deberían aspirar a tener un núcleo no desdeñable de académicos con dedicación exclusiva que conformen, en conjunto con las otras facultades de derecho del país, una academia independiente. La existencia de una academia independiente es fundamental para controlar el ejercicio de la profesión y el funcionamiento de la Justicia, dado que permite o facilita la crítica y la evaluación imparcial (o al menos más imparcial) de las decisiones judiciales, de las políticas públicas, de los colegios profesionales y de los abogados.

III. Más allá de los códigos de ética

De acuerdo con una visión habitual de la ética de la abogacía, el ámbito personal de las decisiones morales pertenece a la conciencia individual, un reino al que ninguna autoridad tiene derecho a ingresar. Según esta visión, en la medida en que un abogado cumpla con las reglas de la ley (incluyendo las que contiene el código de ética vigente en su jurisdicción), la sociedad nada puede reclamarle ni él le debe ninguna explicación. Su conciencia moral le dictará, dentro de lo permitido, qué debe o no debe hacer.

En mi opinión, esta es una visión errónea de la ética profesional. El plano de la regulación y el diseño institucional que he analizado en la sección anterior, siendo sin duda fundamental, no agota el universo de la ética profesional. Aun en el plano de las decisiones individuales, la ética es un terreno en el que es posible dar razones y deliberar junto con otros acerca de lo que es correcto. Quisiera referirme brevemente a esta dimensión.

La premisa de la que parto es que existen problemas éticos reales, concretos y difíciles en el ejercicio de la abogacía, tanto en el ámbito privado de la profesión liberal como en el de Justicia. Hay situaciones en las que un abogado debe tomar decisiones que no son éticamente inocuas o neutrales. Muchas veces (o al menos algunas veces) ocurre que todas las opciones disponibles (razonables) están dentro del marco de decisiones aceptadas por cualquier código de ética, incluso por códigos sofisticados y matizados como los que he mencionado en la sección anterior. De modo que la cuestión muchas veces no es tanto cómo evitar sanciones disciplinarias o cómo adecuarse a lo establecido por un colegio profesional, sino

cómo actuar correctamente *dentro* de lo que es disciplinariamente aceptado. Por supuesto, cuanto más detallado y complejo es un código de ética y la jurisprudencia disciplinar, más probable es que se pueda encontrar una guía, al menos, acerca de lo que la profesión, en determinado momento, opina sobre el problema. Pero lo que quiero preguntar ahora es cómo un profesional (dejando de lado la normativa y la jurisprudencia) debería enfrentar los dilemas éticos a los que la profesión inevitablemente lo va a exponer.

“Una profesión intelectualmente vibrante, que pone en tela de juicio y revisa críticamente sus propias prácticas para mejorar el servicio que brinda a la sociedad es, sin duda, merecedora de que la consideremos una genuina actividad esencial.”

Sobre la base de esta premisa, mi siguiente punto es que esas decisiones difíciles no pueden serle indiferentes. Las razones morales motivan. Con esto quiero decir que, ante una decisión moral, ninguna persona, más allá de cuáles sean sus convicciones o de que sea más o menos escéptica en materia moral, es indiferente. Toda persona normal actúa de modo tal que las razones morales ejercen en ella una fuerza motivadora. Obviamente, las razones morales no son las únicas razones y, por ello, muchas veces actuamos de modos contrarios, parcial o totalmente, a lo que consideramos correcto. Sin embargo, no existe la persona completamente “amoral”, salvo que sea un psicópata. Si esto es así, entonces también las decisiones de relevancia moral que tiene que tomar un abogado serán decisiones sobre las cuales existirán razones motivadoras para hacer lo correcto (o lo que uno cree que es correcto).

Para que estas decisiones estén basadas en razones y no sean meramente arbitrarias, es necesario que el decisor (en este caso, el abogado) sea capaz de detectar la relevancia moral de la situación. Debe ser capaz de darse cuenta de que está ante un dilema o una situación moralmente difícil. Tiene que entender cuáles son las clases de situaciones problemáticas a las que se puede enfrentar. Los problemas éticos del ejercicio de la profesión

no tienen que pasarle inadvertidos. Y esto requiere conocimiento y práctica. De ahí que sea tan importante incluir la ética profesional en la educación jurídica. No tanto para que se aprenda un código de ética, que suele tener apenas unas pocas páginas, sino para adquirir las herramientas teóricas y conceptuales para poder *detectar* situaciones moralmente problemáticas y *deliberar* acerca de ellas. Por ejemplo, un profesional de la abogacía podría preguntarse si es posible ejercer correctamente la profesión liberal y, al mismo tiempo, la enseñanza universitaria, cuando el éxito de las causas que lleva adelante depende de que una determinada doctrina o interpretación del derecho y no otra sea aceptada por la comunidad jurídica. Pregunta similares podrían realizarse los jueces o fiscales que ejercen este tipo de funciones docentes. Del mismo modo, un abogado podría plantearse si es moralmente correcto aceptar causas que cree manifiestamente injustas o dañinas para la sociedad (Kennedy, 1987). O podría preguntarse si realiza contribuciones suficientes para garantizar el acceso a la justicia de personas sin recursos. Estas (y tantas otras) preguntas que puede plantearse un profesional, insisto, van más allá de lo que de hecho diga una regulación legal o disciplinaria. Son preguntas genuinas que un buen profesional se plantea y sobre la cual debería deliberar con razones y argumentos.

IV. Conclusión

Las dos perspectivas de la ética profesional que he abordado en este artículo, la institucional y la personal, tienen como trasfondo una discusión más profunda, acerca de cuál es el modelo de profesión que queremos para la abogacía en una sociedad democrática (Böhmer, 2008). El modelo de abogacía que defendamos tendrá implicaciones cruciales en la discusión sobre cualquiera de las preguntas que he abordado (y tantas otras que no he mencionado). Todas ellas merecen una discusión profunda y continua por parte de los abogados, profesores y estudiantes. Una profesión intelectualmente vibrante, que pone en tela de juicio y revisa críticamente sus propias prácticas para mejorar el servicio que brinda a la sociedad es, sin duda, merecedora de que la consideremos una genuina actividad esencial.

V. Referencias

BARTON, Benjamin H., “Why do we regulate lawyers: an economic analysis of the justifications for entry and conduct regulation”, *Arizona State Law Journal* 33 (2001).

BÖHMER, Martín, “Igualadores y traductores. La ética del abogado en una democracia constitucional”, en ALEGRE, Marcelo – GARGARELLA, Roberto – ROSENKRANTZ, Carlos (comps.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

EDLIN, Aaron – HAW, Rebecca, “Cartels by Another Name: Should Licensed Occupations Face Antitrust Scrutiny?”, *University of Pennsylvania Law Review* 162, nro. 5 (2014).

EPSTEIN, Richard A., “The Legal Regulation of Lawyers’ Conflicts of Interest”, *Fordham Law Review* 60 (1991), trad. castellana: EPSTEIN, Richard A., “Las regulaciones legales de los abogados en conflictos de interés”, *Rev. Argentina de Teoría Jurídica* 19 1 (2018).

KENNEDY, Duncan, “The Responsibility of the Lawyers for the Justice of Their Causes”, *Texas Tech. Law Review* 18, 1987.

LEVIN, Leslie C., “The Monopoly Myth and Other Tales About the Superiority of Lawyers”, *Fordham Law Review* 82, nro. 6 (2014).

LUBAN, David, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, Princeton University Press, Princeton, 1988.

RIBSTEIN, Larry E., “Lawyers as Lawmakers: A Theory of Lawyer Licensing”, *Missouri Law Review*, vol. 69, 2 (2004).

RIVERA LÓPEZ, Eduardo (dir.), *Manual de ética profesional de la abogacía*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020.

SUSSKIND, Richard, *Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 2nd ed.

VANCE, Amanda – WALLACH, Randi, “Updating Confidentiality: An Overview of the Recent Changes to Model Rule 1.6”, *Georgetown Journal of Legal Ethics* 17 (2003).

WASSERSTROM, Richard, “Lawyers as Professionals: Some Moral Issues”, en DAVIS, Michael – ELLISTON, Frederick (comps.), *Ethics and the Legal Profession*, Prometheus, Amherst New York, 1986, trad. castellana: WASSERSTROM, Richard, “Los abogados como profesionales: algunas cuestiones morales”, *Rev. Argentina de Teoría Jurídica* 19 1 (2018).

Cita online: AR/DOC/2908/2020

Los nuevos desafíos de la defensa técnica

Natalia Sergi

Abogada (UBA); socia del estudio Salt & Sergi; docente de grado de Régimen del Proceso Penal (UBA); docente de posgrado en diferentes materias vinculadas al derecho procesal penal (UBA); profesora invitada en el Posgrado de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional del Litoral; profesora invitada en el Ciclo Derecho Penal organizado por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad de La Pampa y el Centro de Capacitación Judicial del Poder Judicial de la provincia de La Pampa; docente de postgrado en la Universidad de Palermo; jefa de trabajos prácticos en Derecho Procesal Penal (Universidad Católica de Santiago del Estero).

I. (*) (**)

El surgimiento de la tecnología en el mundo trajo aparejados beneficios y, también, problemas. El avance informático resulta ya a esta altura del siglo XXI tan transversal que incluso a sistemas arcaicos y poco permeables a este tipo de avances, como lo son el Derecho y el ejercicio profesional de este, llegó su influencia, con todas sus contrariedades y provechos.

En solitario y en contra de la corriente más importantes de la materia en Latinoamérica (1), no comparto la idea de que las *nuevas tecnologías* resulte un tema jurídico en sí mismo. En definitiva, no son más que herramientas. No creo que

resulte una categoría de delitos, ni una nueva categoría dentro del examen del derecho procesal penal ni una especialidad en sí misma (2). Es que ya no es posible escindir la tecnología, ni siquiera en la comisión de delitos tradicionales “presenciales” y tampoco en materia de evidencia. La transversalidad de estas potentes herramientas a todo nivel hace que estén presentes en todo aspecto del Derecho.

Por supuesto que ello en modo alguno significa que el Derecho no deba atender la multiplicidad de problemas que presenta en el mundo jurídico, la tecnología en virtud de su *potencia*, su *eficacia* y su *eficiencia*. Brindamos aquí algunos ejemplos (que exceden este trabajo).

(*) Cuando hablo de la defensa técnica, me refiero a quien asiste al imputado jurídicamente, ello incluye el respeto de las normas del sistema penal y también las que rigen el ejercicio profesional.

(**) Aprovecho esta invitación del diario LA LEY sobre el ejercicio profesional ante las nuevas tecnologías y el aislamiento, para evocar al Prof. Dr. Julio B. J. Maier, quien falleció durante la cuarentena a que nos obliga la pandemia de CO-

VID-19. Julio Maier no solo fue mi maestro a nivel académico, sino que, y a los efectos de este trabajo, lo fue también en el ejercicio profesional.

(1) En nuestro país y en Latinoamérica, quien ha introducido y desarrollado esta corriente por resultar el especialista en este tema es sin lugar a dudas Marcos G. Salt.

(2) En el mismo sentido, SERGI, Natalia, “Análisis jurídico de la situación de la evidencia digital en el proceso penal en

La ubicuidad de las nuevas tecnologías obliga a una redefinición de las jurisdicciones, las fronteras y a nuevos acuerdos internacionales (p. ej., la Convención de Budapest) (3).

La tecnología permite con mayor facilidad la comisión de determinados tipos de delitos; extiende su capacidad daño y perjuicio; y por supuesto, facilita el anonimato —entre otros aspectos y solo por mencionar algunos—. Incluso permite que se discuta la comisión de ciertos actos que en su versión tradicional hubiera sido impensada (en un sentido jurídico-penal) a distancia. Una reciente condena en la provincia de Córdoba da cuenta de ello: la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba confirmó la condena a 14

Argentina”, informe para ADC, disponible en <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/038-analisis-juridico-de-la-situacion-de-la-evidencia-digital-en-el-proceso-penal-en-argentina-vol-3-04-2018.pdf>.

(3) No es el objeto de este trabajo tratar estos problemas jurídicos, solo se mencionan aquí algunos aspectos más sobresalientes a modo ejemplificativo; de ninguna manera estos problemas se agotan en estas cuestiones.

años de prisión a un hombre que contactaba a mujeres en forma remota y anónima para que le enviaran fotos desnudas y se efectuaran tocamientos sexuales (4). Esta condena fue por delitos en contra de la integridad sexual y, en definitiva, se estableció que el abuso sexual podía ser cometido a distancia. Esta decisión fue confirmada en casación, lo cual parece haber abierto nuevos horizontes antes impensados a las formas de comisión, que ponen en jaque el principio de legalidad penal (art. 18, CN), objeción que fue rechazada por el TSJ cordobés.

En materia del derecho procesal penal, la influencia más importante (no única) de las nuevas tecnologías se refiere a la evidencia digital. Si bien en un principio la evidencia digital parecía patrimonio de lo que se denomina *ciberdelitos*, esta particularidad ya no es tan así. La categoría de *ciberdelitos* se va diluyendo en tanto la tecnología se va convirtiendo en una forma de comisión en muchos tipos de delitos. El avance de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana tuvo también su efecto en la recolección de elementos probatorios. Es que todos los aspectos de la vida de cualquier ciudadano están vinculados a la tecnología (a través de teléfonos inteligentes, p. ej.), de manera tal que cualquier tipo de caso penal se encuentra atravesado, en mayor o menor medida, por la evidencia digital. Adviértase que un caso típico de sangre como es un homicidio puede ser resuelto por una cámara de seguridad.

Las nuevas tecnologías no solo en sus versiones más sofisticadas sino también en las más sencillas tienen un poderío en la recolección de datos de los ciudadanos que, en modo alguno, pudo ser considerada ni por nuestro constituyente ni por el legislador. Esta inimaginable potencia forense, por supuesto, tiene el beneficio de la eficacia y la eficiencia en la recopilación de evidencia. Empero, en sus aspectos más problemáticos, tiene también el poderío para vulnerar de un modo severo, permanente e inmediato la privacidad y la intimidad, que están protegidas constitucionalmente (5).

De ello se desprende que estos problemas obligan (o deberían obligar) al legislador a realizar su tarea de un modo innovador y diferente a como lo hizo en el último siglo y medio. Es que el extremo cuidado en el resguardo de estos derechos no puede correr detrás de los avances tecnológicos que redefinen, en menos de un lustro, nuevas formas de comisión, nuevas posibilidades de comunicación y nuevas herramientas forenses con mayor capacidad de recolección. No existe duda alguna de que las nuevas tecnologías son mucho más veloces que las modificaciones legislativas. De modo tal que el esquema de trabajo legislativo actual nunca podrá estar actualizado. Esta nueva manera de legislar —a la que deberían obligar las nuevas tecnologías— en modo alguno puede significar flexibilizar el principio de legalidad, ni en las conductas descriptas como delictuales ni en la previsión de las medidas de coerción probatorias (como lo son el registro remoto de sistemas informáticos, la intromisión de intimidad de los diferentes aspectos de la vida personal, económica, etc.).

El nuevo desafío legislativo —considero en soledad— es reformular la manera de prever normativamente los avances tecnológicos, incluso para el futuro. Por supuesto que ello obliga a una tarea creativa e ingeniosa, que no conozco sea una aspiración de quienes estudian esta temática. Esta idea no parece haber sido recogida en modo alguno ni en la Argentina, ni en Latinoamérica ni en el resto de los países.

II.

Por supuesto que el ejercicio profesional no es ajeno a la utilización de estas herramientas. En materia penal tiene desafíos particulares que se pusieron de relieve por la situación aislamiento que actualmente seguimos viviendo. Ello se aplica a cualquier tipo de representación que, como

profesionales, podemos realizar a quienes deban lidiar con el sistema procesal penal, por ejemplo, cuando nuestros clientes resultan víctimas de un delito. Empero, las contrariedades serán mayores en nuestra tarea de defensores técnicos, ante el resguardo de los derechos de las personas sometidas a proceso.

Si bien en el ejercicio profesional interno de los estudios jurídicos ya hace más de 25 años que fue incorporada la tecnología, desde 2011 y obligatoriamente desde 2014 ello fue finalmente incorporado en el ámbito del sistema penal nacional, mediante el acceso remoto y tecnológico de los abogados a las notificaciones electrónicas en los diferentes expedientes.

En muchas estructuras arcaicas de estudios jurídicos, la tarea de registro y acceso al sistema informático frecuentemente fue considerada como una tarea jurídica menor, cuasiadministrativa, que se delega en jóvenes y/o mujeres.

Con el correr de la década, cada vez más tribunales utilizaron esta herramienta cargando en el sistema la mayor cantidad de autos, decretos, resoluciones, etc. Ello llevó a que algunos (pocos) incluso —con absoluta corrección— obliguen a las partes a cargar sus presentaciones. Ello trajo consecuencias de aliviar el trabajo interno de mesa de entradas, tanto para el tribunal como los profesionales; y también tuvo como consecuencia mayor transparencia y accesibilidad en los tramos del proceso penal regidos por la escritura y que se refiere a cuestiones de trámite. Por su parte, la estructura del Ministerio Público Fiscal a nivel nacional carece de un sistema activo que permita realizar un control de remoto de la investigación.

“La virtualidad en la etapa escrita del proceso, sin el adecuado cuidado, puede vulnerar el derecho de defensa del imputado, al impedir el control de la defensa técnica.”

En estas condiciones descriptas genéricamente, surgió la pandemia del COVID-19, que nos obligó a una feria extraordinaria dictada por la Corte Suprema, producto del aislamiento obligatorio. Con el correr de los meses, muy lentamente, se fue habilitando la actividad de los tribunales nacionales, solo de modo virtual.

El aislamiento, entonces, en el ejercicio profesional trajo cambios que algunos califican de abruptos y otros sostienen que afectarán el ejercicio profesional para siempre. Aún no podemos saber si se ha puesto en marcha un cambio permanente en el ejercicio profesional. Sí parecería que algunas modificaciones se consolidarán y tal vez traigan algunos problemas que deben ser atendidos.

En definitiva, nuevos desafíos han surgido y ellos son de diferentes niveles y complejidad que afectan todos los aspectos del ejercicio profesional y que se refieren en mayor o menor medida a aprovechar todos los beneficios de la tecnología, minimizando los problemas, tarea que no resulta sencilla.

II.1.

Ciertos retos se refieren al trabajo interno de profesionales. Esto es, a su trabajo cotidiano, especialmente, en equipos de trabajo y el trato con el cliente.

Las nuevas tecnologías permitieron durante el aislamiento el trabajo domiciliario, lo que dificultó el trabajo en equipo. El trabajo en grupo (para quienes han elegido la modalidad) es fundamental realizarlo en presencia física pues, de esa

manera, se logran mejores resultados. Las video llamadas, si bien han permitido mejorar la comunicación, no han logrado el mismo resultado.

Ello también se advierte en el vínculo con el cliente. Las reuniones presenciales permiten que los vínculos de confianza entre el abogado-cliente se conformen y estrechen en el resguardo del secreto profesional. No cabe duda de que mucha de la información que se transmite entre el profesional y su cliente puede ser suplida mediante la comunicación virtual de cualquier especie. No obstante, ello no es aplicable en determinadas situaciones en las que es necesario tomar decisiones estratégicas y/o en las que el resguardo de la privacidad del cliente resulta indispensable. En estas situaciones particulares la reunión virtual no ha podido suplir la presencial. De modo tal que en esas situaciones muy particulares (y solo en ellas) no es posible que la tecnología reemplace la presencia física, lo que potencialmente puede llegar a poner en peligro el ejercicio de la defensa técnica o la privacidad del cliente.

II.2.

El ejercicio profesional tiene otros desafíos que resultan más relevantes que se refieren al acceso de la información de los casos en los que interviene y el vínculo con los operadores del sistema.

Es que si bien en el sistema federal las notificaciones resultan electrónicas desde hace algunos años, todavía no se encontraba tan extendido que los tribunales reflejaran en el sistema informático del Poder Judicial toda su actividad. La inminencia de la obligatoriedad del aislamiento y la limitación de la actividad presencial de los operadores exigieron un ajuste para permitir la actividad virtual en resguardo de la salud, pero resolviendo cuestiones de feria (en un principio). Ello fue realizado de un modo desordenado e irregular, dependiendo de cada tribunal. Con el paso de las semanas, se permitió agilizar la actividad por fuera de las cuestiones de feria, en la medida de las posibilidades de la virtualidad.

Así se han producido diferentes situaciones. Los tribunales se vieron obligados a subir al sistema informático toda su actividad, la documentación necesaria en versión digital y la actividad de las partes.

Ello implica una modificación en el trabajo interno de los estudios jurídicos, en tanto el acceso al sistema se convierte en uno de los aspectos más importantes de la tarea profesional que permite acceder a la información.

Trae aparejados otros beneficios tanto para las partes como para los operadores, en tanto la totalidad de la actividad se encuentre reflejada en el sistema informático, por supuesto, que brindará mayor transparencia y un acceso a la información eficiente e inmediata. La actividad y la respuesta en muchos casos se han vuelto mucho más veloces, a niveles extraordinarios, en tanto se registra actividad jurisdiccional y notificaciones pasadas las 21 hs e incluso 22 hs.

Sin embargo, existen algunas cuestiones que deben ser atendidas con extremo cuidado.

Una situación particular se refiere al Ministerio Público fiscal. Es que, cuando la investigación se encuentra delegada en el fiscal, esta institución no cuenta con un sistema formal de acceso para las partes. De manera tal que la actividad digital (en los casos en los que sucedió) se puso en marcha de modo informal y dependiendo de la buena voluntad de las fiscalías. De esta manera, se ha producido un acceso informal a la información de las partes; sin embargo, ello sucede cuando las partes lo solicitan, aspecto que debería ser solucionado prontamente.

Por supuesto que existen desafíos que se refieren a la tecnología en sí misma, que no se refiere a la actividad profesional. Estos retos se vinculan

con la capacidad de los sistemas informáticos para digitalizar y alojar todos los expedientes y su documentación. Otros se refieren a la seguridad informática en el acceso de los sujetos procesales y a la certeza en lo que refleja el sistema informático. También se refiere a la capacidad de conexión de las partes y la organización de las audiencias, especialmente en audiencias con múltiples y numerosos sujetos procesales (cuando ello se ha llevado a cabo).

La virtualidad también restringe el poco o cuasinulo conocimiento personal del operador del imputado y su defensor. En tanto no existe contacto presencial, se desnaturaliza la humanidad de quien se encuentra sometido a proceso. Virtualmente, las particularidades humanas se diluyen aún más, no existirá más “persona” sino un simple nombre. Ello agudiza un problema que ya tiene desde el inicio histórico del sistema procesal penal, con los sistemas escritos, y que la oralidad e intermediación intenta desvirtuar. La ausencia física del imputado y su defensor agudiza el problema e impide advertir a los operadores del sistema que deciden sobre la vida de personas concretas.

Por último, otro aspecto que debe ser tratado con extremo cuidado se refiere a la delegación de funciones. Puesto que la virtualidad permite el anonimato, también lo permite en la toma de decisiones, parece en este momento casi imposible lograr certeza alguna respecto de que si quien efectivamente toma la decisión es el funcionario público designado al efecto.

Todos estos aspectos dificultosos deben ser atendidos —con la dificultad que implican— por el profesional, a los efectos de minimizarlos.

II.3.

Empero, los desafíos de las nuevas tecnologías (que se agravan durante el aislamiento) tienen ribetes de mayor importancia por la potencialidad de la violación de derechos constitucionales, lo que obliga a un cuidado superior en el ejercicio profesional.

II.4.

La tecnología —conforme fue expuesto en los puntos anteriores de este trabajo— puede llegar a flexibilizar de manera ilegítima las previsiones normativas, puesto que los avances tecnológicos serán más veloces que las modificaciones legislativas. Esta brecha temporal puede llegar a tentar a los operadores judiciales a resolver los problemas de adecuación forzando la norma. Ello es así en las conductas tipificadas en donde aún no existe una equiparación legal entre la comisión presencial y la comisión virtual, que debe ser prevista por la norma penal.

“Una vez superadas las restricciones producto del cuidado de la salud, las nuevas tecnologías y su afianzamiento exigirán la oralidad, logrando mayor eficiencia y celeridad en la etapa de investigación. En ese contexto, el sistema informático quedaría reducido a una apoyatura administrativa para que las decisiones importantes sean tomadas en oralidad.”

Esta problemática también sucede en la regulación legal de las medidas de coerción probatorias no previstas. Si bien el problema resulta jurídicamente complejo (y excede este trabajo), debe advertirse aquí que la misma discusión de legalidad que surge para las conductas existe en

(4) Sent. del 28/07/2020, “C.F.D. p.s.a. producción de imágenes pornográficas de menores de 18 años, etc. - recurso

de casación”.

(5) Cf. sobre estos aspectos desarrollados en extenso en la

tesis doctoral de SALT, Marcos, “Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transfronterizo y técnicas de acceso re-

moto a datos informáticos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

determinados tipos de tareas investigativas que permiten, materialmente, a los medios tecnológicos exceder con creces las posibles intrusiones a la intimidad previstos por la ley procesal. Las nuevas tecnologías logran un grado de intrusión impensable por medios tradicionales, no solo por su extensión en los diferentes aspectos de la vida del ciudadano, sino por su amplitud temporal, en el pasado e inclusive en tiempo real. No es posible afirmar que el legislador haya previsto semejante intrusión que puede ser realizada en apenas unos minutos. De modo tal que, para que estas intromisiones sean legítimas (en sus alcances por medios novedosos), debe ser previstas normativamente.

Es tarea de la defensa técnica resguardar que el sistema, en esas cuestiones particulares, no vulnere el principio de legalidad (art. 18, CN) producto de las falencias en el sistema legislativo que no ha encontrado —aún— una manera de legislar que permita abarcar el avance tecnológico.

II.5.

La virtualidad en la etapa escrita del proceso, sin el adecuado cuidado, puede vulnerar el derecho de defensa del imputado, al impedir el control de la defensa técnica (art. 18, CN).

No resulta sencillo para los profesionales, en este momento en que aún se trabaja mayormente de modo virtual, controlar que toda la actividad realizada en la investigación se encuentre reflejada en el sistema informático. Si existiera cualquier omisión en el registro virtual de recolección de elementos, proveídos o decisión de cualquier naturaleza, ello impediría el control por parte de la defensa técnica.

En el caso en que la investigación es llevada adelante por el Ministerio Público, es aún más dificultoso de controlar. El Ministerio Público a nivel nacional carece de un sistema informático que permita a las partes acceder a su recolección de elementos probatorios. El ejercicio del derecho de defensa obliga al acceso a esa actividad. Sin embargo, este acceso en el aislamiento depende de la buena voluntad de las fiscalías de remitir, de manera virtual, el registro de su actividad ante el impulso del defensor. Por supuesto que en tanto la defensa no sepa que existe esa recolección la solicitud de acceso nunca existirá, y resulta materialmente imposible para la defensa dicho control y conocimiento.

Los desafíos también se refieren a los tramos del proceso atravesados por la oralidad. Con el correr del aislamiento —que ya llevaba algunos meses— comenzó a discutirse que las audiencias de todo tipo e incluso audiencias de juicios orales pudieran ser llevadas delante de manera virtual.

Los tribunales reiniciaron audiencias de todo tipo sin demasiado análisis y asumiendo que la presencia física y la virtualidad son completamente asimilables desde el punto de vista jurídico (6). Incluso más, lo han hecho a pesar de que los defensores técnicos se opusieron a que las audiencias, especialmente de juicio, se lleven adelante de manera virtual.

Ello se agrava pues ya podemos entrever que esta situación excepcional en modo alguno se circunscribirá al aislamiento producto de la pandemia. Como suele ocurrir, se toman decisiones procesales sobre la base de cuestiones excepcionales y luego se extienden más allá.

Por supuesto que sería esperable que las herramientas digitales cuya utilización ha sido tan extendida se mantengan y que la situación pospandemia haya consolidado la utilización de las nuevas tecnologías para brindar mayor eficiencia y celeridad, en particular, en los tramos o trámites

escritos del proceso penal. Resulta también esperable que esta consolidación de las herramientas digitales brinde mayor transparencia y acceso a la información.

Ahora bien, ello tal vez traerá aparejada una consecuencia necesaria y también esperable: mayor oralidad en las decisiones importantes durante la investigación. Es que parece lógico que la virtualidad y la carencia de papel conlleve como derivación natural la oralidad, incluso en tramos no previstos. Una vez superadas las restricciones producto del cuidado de la salud, las nuevas tecnologías y su afianzamiento exigirán la oralidad, logrando mayor eficiencia y celeridad en la etapa de investigación. En ese contexto, el sistema informático quedaría reducido a una apoyatura administrativa para que las decisiones importantes sean tomadas en oralidad.

Si ello es así, otra consecuencia emparentada a la oralidad es la investigación a cargo del Ministerio Público y su desformalización, características propias de sistemas acusatorios (7). Desde que los sistemas procesales en nuestro país fueron virando a procesos acusatorios siempre se consideró que una de las consecuencias de esta instauración iba a ser la desformalización y que la tecnología sería el sostén administrativo. Sin embargo, podría ser que la pandemia y su aislamiento necesario inviertan este proceso. El aislamiento provocó la utilización expandida de la tecnología de un modo inevitable. Probablemente, la virtualidad puede llevar a la oralidad y ello puede desembocar en la instauración del sistema acusatorio en el sistema federal de manera definitiva.

En las provincias con sistemas acusatorios se establece un vínculo estrecho entre la desformalización de la investigación, la informatización de los trámites y la oralidad en la toma de decisiones. Ello ha llevado, asimismo, a que en las provincias se utilice frecuentemente la virtualidad para la realización de audiencias en donde diferentes sujetos procesales (incluido el imputado) se encuentran en distintas jurisdicciones dentro del territorio provincial.

Llevar esta decisión al juicio oral previo a una condena lleva la discusión a otro nivel, cuyos problemas excederán la situación especial de la pandemia.

Cuando nos referimos a la virtualidad en las audiencias no parece posible tomar una posición jurídica única respecto de su legitimidad o ilegitimidad. La primera tarea es distinguir tipos de audiencia de acuerdo con sus objetos. A simple vista no pareciera que pudieran existir obstáculos jurídicos a la realización de audiencias cuyo objeto resulte meramente jurídico. Un ejemplo puede ser, aunque no en todos los casos, audiencias en vías recursivas. La excepción a ello sería en los supuestos de recursos de casación, si es que se toma la decisión —dudosa desde el punto de vista de su legitimidad jurídica— de revocar la absolución y condenar directamente al imputado. En este tipo de casos muy limitados, esa tarea del tribunal recursivo excede la discusión jurídica y avanza sobre la posible condena del imputado en la que deben respetarse las mismas condiciones que seguidamente se analizarán respecto de la audiencia de juicio. De esta manera, a la hora de realizar estas distinciones en tipos de audiencia, ya no se va a tratar de examinar en qué momento del proceso se da, sino cuál es el objeto y la consecuencia de dicha audiencia. En cualquier audiencia, sea mediante la vía recursiva o, típica y más frecuentemente, de juicio oral, que puede implicar la condena de un ciudadano se deberá respetar los requisitos constitucionales de juicio previo para su legitimidad.

Ello ha llevado a una discusión jurídica más profunda, referida a las nuevas tecnologías y a

la situación de aislamiento producto de la pandemia. De inmediato en el momento en que los tribunales de juicio pretendieron poner en marcha audiencias interrumpidas por la cuarentena, juristas destacados (8) comenzaron a manifestar dudas y objeciones de carácter constitucional a esta posibilidad.

He aquí uno de los desafíos más importantes de la defensa técnica con relación a las nuevas tecnologías en la situación de aislamiento. Es que esta conjunción de circunstancias —y especialmente la extensión del aislamiento y la interrupción del servicio de justicia— trae aparejados conflictos jurídicos antes impensados. Es por ello por lo que no existen antecedentes, no solo desde el punto de vista legislativo ni en el mundo, ni siquiera académicos, sobre el examen pormenorizado de estas circunstancias y su afectación a los derechos constitucionales del imputado.

Un examen banal podría sostener sin más la imposibilidad jurídica de que la virtualidad reemplace legítimamente la presencia física; o a la inversa, aceptar, sin importar la objeción de la defensa técnica, que cualquier tipo de audiencia pueda sin discusión alguna ser llevada adelante en la virtualidad. Puesto que estas discusiones resultan muy recientes y que aún no es posible medir las consecuencias perniciosas sobre el sistema y los derechos del imputado, no resulta posible aún tomar una posición definitiva (lo cual, por el otro lado, no es el objeto de este trabajo).

“Este consentimiento brindado por el imputado en modo alguno puede ser realizado sobre la base de elegir entre el ejercicio del derecho a la intermediación o el derecho a su salud, en caso de la pandemia, ni en ningún otro. Será una decisión voluntaria del imputado si quiere continuar con el juicio brindando celeridad en la situación de aislamiento.”

Lo que sí debemos advertir es el extremo cuidado al que la tarea profesional obliga en el resguardo de los derechos de la persona sometida a proceso, conforme al aislamiento y ante las nuevas tecnologías, centrando la discusión de modo preliminar.

Estos juristas destacados han objetado de manera preliminar la posibilidad de realizar juicios virtuales, principalmente sobre la base del examen de la garantía del juicio previo (art. 18, CN). Con diferentes posiciones han basado su análisis en verificar si la virtualidad permite el respeto de las garantías de oralidad, publicidad y, especialmente, la contradicción y la intermediación.

Incluso se han establecido objeciones referidas al ejercicio de la defensa técnica durante las audiencias. Ello en virtud de que el aislamiento, en algunos casos, impidió a que los defensores y los imputados se encontraran en el mismo ámbito físico. Por supuesto, de este modo se violenta la confidencialidad que debe regir en el vínculo abogado defensor-imputado. Es muy frecuente e indispensable para la tarea profesional que ese vínculo especial se realice en la máxima confidencialidad que abarca, también, que ni el tribunal ni el resto de las partes conozca ese intercambio de ideas. De modo tal que no es posible que ello pueda ser suplido con una pequeña conferencia virtual en privado que la tecnología pueda permi-

tir, pues para ello tanto el abogado defensor como imputado deben advertir al tribunal que es necesario ese intercambio.

No resulta difícil colegir entonces que, en la medida en que la virtualidad no permita ese ámbito privado que hace de manera sustancial al derecho de defensa del imputado, ello carecerá de legitimidad. Este aspecto no invalida la virtualidad en sí misma de una posible audiencia, en la medida en que se tomen estas previsiones. Por supuesto que es tarea del abogado defensor como asesor técnico advertir respecto de estas limitaciones, en tanto el imputado puede desconocer estas implicancias.

A simple vista, y como se dijo previamente sin tomar una posición definitiva, no parece que la oralidad y la publicidad se vean afectadas por la virtualidad. Con las previsiones tecnológicas necesarias la oralidad puede estar garantizada en las audiencias virtuales.

Estas plataformas informáticas, asimismo, proveen —en el sentido coloquial— acceso al público que en modo alguno pueda sostenerse que resulta restringido. Por lo contrario, es allí en donde la tarea del defensor técnico debe limitar los perjuicios que la viralización de una audiencia de juicio puede tener para un imputado. Tampoco parece que esta simple circunstancia torne ilegítima la audiencia virtual en sí misma, sino que deben ajustarse cuestiones tecnológicas a la preservación —en cauces similares a los presenciales— del nombre y el honor del imputado. Si bien los juicios son públicos, las audiencias se realizan en un ámbito limitado espacialmente, en donde también respecto del público se producen controles que exige la ley procesal. Ello sucede mucho más en juicios en donde se discuten cuestiones particulares como, por ejemplo, supuestos en donde las víctimas han sido niños. Desde ya que para que la audiencia cuente con la legitimidad que la haga equiparable a una presencial, debe preservar en la misma medida estos criterios. Será ilegítimo, entonces, que la virtualidad resulte una excusa para ampliar esta publicidad.

Más complejo resulta establecer preliminarmente —y por la falta de experiencia— si en las audiencias virtuales se ve afectada, de manera severa, la contradicción. En un juicio con características acusatorias será la confrontación que realicen las partes en pugna respecto de cada uno de los aspectos de la acusación lo que va a permitir al tribunal tomar una decisión imparcial respecto del hecho. Lo que va a garantizar la contradicción es la oralidad en sí misma llevada a cabo en un mismo ámbito y en una situación de simultaneidad que no parece que, en principio, pueda resultar afectada por la distancia que implica la virtualidad. De esta manera, en el ámbito simultáneo en el que participan las partes en pugna puede ser realizado de manera informática —o al menos eso parecería—, siendo respetada en criterios similares a la audiencia presencial mediante la oralidad que permite la informática.

Lo que sí luce en estos estadios de la discusión como insalvable parece ser el requisito constitucional de *intermediación* en el juicio y por el tribunal. La definición no solamente jurídica sino también coloquial del vocablo indica cercanía física. En sentido jurídico, siempre se consideró presencia física el mismo ámbito, especial y principalmente, respecto del tribunal.

En principio, en el ámbito de la sala de audiencia, es la intermediación lo que permite una visión general de todo lo que está sucediendo respecto de las partes y la producción de elementos probatorios y el público. Este panorama completo parece estar muy restringido de modo virtual que solo reflejará un aspecto, siempre parcializado, de lo que sucede en la audiencia.

(6) Solo como un ejemplo, ver la nota del juez Andrés Basso sobre la evolución a la que refiere este trabajo y las perspectivas de futuro (<https://www.infobae.com/opinion/2020/08/19/chau-papel-la-modernizacion-de-la-justicia-durante-la-pandemia>).

(7) Sobre las características generales de los sistemas acu-

satorios, su vinculación con el Estado de Derecho y el modelo de enjuiciamiento previsto por el constituyente, cfr. MAIER, Julio B. J., “Derecho procesal penal”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I. Uno de los aspectos centrales es la división de funciones en donde la tarea de investigación se encuentre a cargo del Ministerio Público y la de juzgar y decidir a cargo

de los jueces. Ello lleva a una desformalización de la etapa de investigación que en modo alguno pues significar el ocultamiento a la defensa técnica de la recolección de elementos probatorios durante la investigación, como consideran, erróneamente, algunos miembros del Ministerio Público.

(8) CAFFERATA NORES, José I., “El juicio penal digital de

los «estrados tribunales» a los «estrados cibernéticos», Anticipo”, en *El debido procesal penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, 10ª ed. y BOVINO, Alberto – PENNA, Cristian, “Juicios penales virtuales. Vamos al Zoom. Condenemos a alguien”, publicado el 15/06/2020, en <http://nohuboderecho.blogspot.com/>.

Yendo más profundo en el análisis, la virtualidad y el aislamiento nos obligan a diferenciar, por un lado, la intermediación respecto de la producción de los elementos probatorios durante la audiencia; y, por el otro, respecto del conocimiento personal del imputado.

Las plataformas informáticas que simulan esta cercanía nos obligan a acudir al significado coloquial a los efectos de verificar si puede existir esta equiparación. Justamente el sentido coloquial, que también se aplica lo jurídico, implica que la virtualidad, por más que aparente proximidad, no es más que una comunicación mediata. Y eso, como dijimos en determinadas situaciones particulares y muy delicadas, impide que la presencia física y la presencia virtual sean asimilables.

Ello no solo lo indica el sentido coloquial, sino también los efectos jurídicos. La necesidad de que el tribunal intervenga de manera inmediata, previo a tomar una decisión de extrema importancia para la vida de un ciudadano como es una condena penal, es un requisito ineludible que no solo se establece a través de la previsión de la audiencia, sino que lo confirma con mucha fuerza el art. 41 del Cód. Penal, al obligar a la audiencia *de visu* a cualquier juez que tome una decisión que puede implicar una condena, sin importar si esta decisión es tomada durante un juicio oral o en virtud de otros institutos previstos por la norma procesal. Así se establece en el art. 41 como una obligación, en virtud de que dicha norma fue dictada cuando se encontraba vigente un código escrito carente de toda oralidad. El legislador previó que el juez deba conocer de manera presencial al imputado antes de tomar una decisión. Ello ha sido reforzado en el caso del juicio abreviado por el art. 431 bis del Cód. Proc. Penal de la Nación. Aquí también —incluso cuando no existe juicio en sentido literal— sí debe existir conocimiento personal del juez que va a dictar sentencia. El art. 41 establece la obligación del juez de *tomar contacto directo* y *de visu* del imputado. No parece que el conocimiento virtual pueda suplirlo.

Es posible realizar algunos análisis en la discusión respecto de la virtualidad de las audiencias y su legitimidad, al hacer la distinción entre la obligación de intermediación del tribunal respecto de la producción de prueba y el conocimiento del imputado. No es posible obviar que el legislador ha tomado decisiones y ha legitimado la toma de decisiones sin juicio en sentido jurídico, que pueden implicar incluso una condena. Resulta sencí-

llo obviar un juicio sentido literal en los casos en lo que se está haciendo es suspender el ejercicio de la acción penal de modo tal que no va a existir condena, eso es lo que sucede en la suspensión del proceso a prueba (art. 76 bis y ss. Cód. Penal). Más difícil es la situación del juicio abreviado en donde el Ministerio Público e imputado pactan una condena. Aquí también el legislador habilitó la omisión de juicio y —por ende, y lo que resulta relevante a esta discusión— de la intermediación en cuanto a la producción de los elementos probatorios. Es que, en definitiva, el juicio abreviado en el sistema federal se dictará una condena sobre la base de elementos probatorios que el juez no ha conocido a través de sus sentidos. De este modo, el legislador ha admitido la posibilidad de condenas sin esta intermediación. Ahora bien, ello lo ha permitido bajo dos condiciones principales: que el caso no resulte grave y eso se verifica a través de la escala penal que habilita el instituto; la segunda condición ineludible es que el imputado brinde su consentimiento. Lo mismo sucede en la *probation*, aquí también el imputado es quien impulsa ese pedido de suspensión del proceso, esto es, que el Estado resuelva su caso sin juicio.

De ello se deduce sin dificultad que el legislador permite en casos no graves que el juez prescinda de intermediación con relación a la recolección de elementos probatorios, siempre y cuando el imputado lo habilite. No existiría entonces ningún problema, desde el punto de vista jurídico, para habilitar juicios virtuales en los casos que el legislador consideró no graves y siempre y cuando exista consentimiento por parte del imputado, en las mismas condiciones que los juicios abreviados.

Se colige, entonces, que la intermediación en la recolección de elementos probatorios en modo alguno puede ser asimilable a la virtualidad, esto es, dejada de lado: a) en casos graves (aquellos en lo que no procede el juicio abreviado), ni siquiera con el consentimiento del imputado; y b) en los casos considerados no graves, cuando el imputado no lo habilite. Los juicios virtuales que violentan el principio de intermediación, en los casos no habilitados por la ley, serán ilegítimos.

Incluso podemos realizar una digresión con relación a la posibilidad de que la virtualidad en las audiencias sea prevista normativamente. En virtud de que la intermediación resulta un requisito constitucional del juicio y que el legislador ha tenido la previsión de que sea respetado a rajatabla en casos con penas elevadas, con independencia

el consentimiento o no del imputado, no parece razonable que el legislador pudiera apartarse de estas decisiones con respecto a la virtualidad de estos criterios en una regulación posterior.

En resumen, la virtualidad se encuentra habilitada con las previsiones indicadas previamente y siempre y cuando se respeten todos los otros requisitos referidos al derecho de defensa, la oralidad, las restricciones en la publicidad, etc., para los casos con penas que hubieran permitido un juicio abreviado, en casos en los que se hubiera permitido una suspensión del proceso a prueba, y siempre y cuando el imputado lo consienta.

Este consentimiento brindado por el imputado en modo alguno puede ser realizado sobre la base de elegir entre el ejercicio del derecho a la intermediación o el derecho a su salud, en caso de la pandemia, ni en ningún otro. Será una decisión voluntaria del imputado si quiere continuar con el juicio brindando celeridad en la situación de aislamiento. Resulta inadmisibles que el Estado pretenda solucionar sus problemas de ineficiencia al no brindar condiciones sanitarias adecuadas o sistemas informáticos insuficientes, o su ineficiencia para lograr una solución del caso, mucho antes de su plazo de prescripción, sobre la base de vulnerar derechos constitucionales del imputado. El imputado y sus derechos no pueden resultar la válvula de ajuste a las falencias estatales.

Ahora bien, a esta altura de la discusión parece insalvable la cuestión relativa a la intermediación —a que obligan la Constitución y la ley— entre el tribunal y la persona sometida a proceso. No existe supuesto de simplificación alguno ni previsión normativa ninguna en la cual el Estado habilite imposición de una condena, por más leve que sea, en casos en que el juzgador no conozca —de manera presencial, personal e inmediata en el sentido de cercanía física— al imputado. Presencia física que no necesariamente se requiere que sea durante todo el debate, hace ya varios años que el Estado ha admitido a los imputados —y solo cuando ellos lo solicitan— no presenciar todas las audiencias que componen el juicio, a excepción de la lectura de la acusación, su declaración (que muchas veces se ha admitido de modo virtual) y las palabras finales. Incluso más, ante los supuestos muy discutidos en los que el tribunal de casación revoca la absolución del imputado del juicio dictando directamente su condena, también en esos supuestos procede la audiencia *de visu* establecida en el art. 41. Conforme se ad-

vierte, entonces, en modo alguno será legítima la imposición de ninguna condena, por más leve que sea, sin que el tribunal, al menos en una oportunidad, conozca personalmente al imputado.

Se advierte así que la solución respecto de la legitimidad o no de los denominados *ciberjuicios* o juicios virtuales en modo alguno puede ser única. Ni siquiera cuando es admitido, es posible realizarlo sin los cuidados extremos de que la virtualidad no altere otros principios constitucionales y, en esto, volviendo al tema principal de este trabajo, la defensa técnica debe advertir sobre el cumplimiento de todas las garantías y derechos constitucionales del imputado sometido a proceso.

No es posible dejar de advertir que la situación del cuidado de la salud en aislamiento no puede ser en modo alguno una excusa para pervertir estas normas. Es que, si bien las disposiciones sanitarias impiden la concurrencia de varias personas en un mismo ámbito físico cerrado, también debemos indicar que esta regla cede en los casos de servicios esenciales. En los casos de delitos graves, los cuales la validez juicio y/o la subsistencia de la acción penal se encuentren en juego por la situación de aislamiento, es el Estado el que debe establecer que la continuación de estos debates resulte esencial. Eso en modo alguno significa poner en riesgo la salud de los miembros del tribunal ni de los otros operadores del sistema. Conforme ya lo dijimos, la publicidad del debate puede ser brindada a través de la virtualidad, lo mismo puede suceder con la oralidad y la contradicción en la medida en que la virtualidad no le afecte y en la medida en que los operadores del sistema la consientan sin poner en riesgo su salud. Con estas previsiones, lo que debería preverse es el distanciamiento necesario entre operadores, testigos, peritos, etc., que sí o sí deban mantener intermediación con el tribunal. No resulta lógico que no sea considerado esencial el servicio de justicia en casos graves en donde la validez del juicio la vigencia de la acción penal se encuentra en juego y sí lo sea, por ejemplo, la actividad bancaria.

Lograr que la tecnología brinde todos sus beneficios minimizando los problemas —especialmente los vinculados con los derechos constitucionales— es el desafío más importante al que se enfrenta el ejercicio profesional serio.

Cita online: AR/DOC/2901/2020

La formación para el ejercicio de la abogacía en épocas de inteligencia artificial y pandemia

Pamela Tolosa

Decana del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca.

I. Del ejercicio de la abogacía con la ayuda de computadoras a la competencia en el mercado con robots

¿La inteligencia artificial reemplazará a los y las abogadas? ¿Quiénes ejercemos la abogacía nos

extinguiremos como se extinguieron los telefonistas, los pregoneros o los faroleros? ¿Seremos reemplazados completamente por robots?

Al formular estas preguntas ante un auditorio de abogados y abogadas o de estudiantes avanzados de Abogacía, las reacciones suelen ser variadas. Están quienes niegan rotundamente esa posibilidad y suelen hasta ofuscarse con el planteo. Están los que creen que la inteligencia artificial (en adelante, IA) es muy útil, que facilita el trabajo en el ejercicio profesional y que transformará el mercado laboral, pero de ningún modo podrá reemplazar a las personas humanas. Otros piensan que si bien efectivamente seremos reemplazados en

muchas tareas, eso ocurrirá en un futuro lejano. Los más pesimistas suelen opinar que el sistema de justicia será reemplazado completamente por la IA y, además, que eso será muy perjudicial para la humanidad. También están quienes plantean que es necesario regular la actividad de estos sistemas de IA, porque la ley que regula el ejercicio profesional no los incluye.

No es ninguna novedad que las nuevas tecnologías de la información y la IA transformaron completamente el ejercicio profesional. No se trata del futuro, sino del presente (1). Y la realidad que nos toca vivir hoy, con motivo de la pandemia, aceleró muchos cambios en ese sentido. Es cierto, no obstante, que en el

futuro cercano estos cambios se profundizarán aun más, especialmente en sectores vinculados con la abogacía que aún no han sufrido grandes transformaciones y se siguen desarrollando más o menos igual que como lo hacían en el siglo pasado, a pesar de haber digitalizado gran parte de las tareas.

Sin embargo, aún nos cuesta tomar real dimensión de dichas transformaciones en el ámbito del ejercicio profesional. Y esto implica costos indeseados.

Así, entre las consecuencias negativas vinculadas con la incapacidad de dimensionar adecuadamente el impacto de la tecnología pueden

(1) Ross Intelligence, <https://www.rossintelligence.com/>; LawGeex, <https://www.lawgeex.com/>; Lex Machina, <https://lexmachina.com/>; o las noticias recientes sobre GPT-3, son

solo algunos de los tantos ejemplos. En la Argentina, el funcionamiento de Prometea en el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires y en otras jurisdicciones también

es un ejemplo. Ver, al respecto: CORVALÁN, Juan Gustavo, "Inteligencia artificial y proceso judicial. Desafíos concretos de aplicación", *DPI*, 09/09/2019, disponible en <https://>

dpicuantico.com/2019/09/09/el-impacto-de-la-ia-en-el-derecho-procesal/; id., "Inteligencia Artificial y proceso judicial. Desafíos concretos de aplicación. Parte II", *DPI*, 30/09/2019,

señalarse tres que resultan particularmente evidentes:¹⁾ Cuando se habla de IA y nuevas tecnologías se suele poner el foco exclusivamente en la digitalización de las tareas de quienes ejercen la abogacía y de diversas instancias del proceso judicial. Es decir, se soslayan otros aspectos mucho más relevantes en cuanto a las posibilidades de innovar que nos ofrecen estas herramientas y su potencial para mejorar la prestación del servicio de justicia. Esto implica, en la práctica, que sea bastante frecuente digitalizar los procesos que hacíamos de manera analógica, reproduciendo exactamente las mismas tareas, los mismos pasos y exigencias (2); pero sin advertir que la tecnología nos permite modernizar los procedimientos y hacerlos mucho más eficientes. Cuando esto ocurre, la digitalización suele generar más burocracia y complejidades que beneficios.

2) Frecuentemente se advierte una tendencia a intentar regular actividades vinculadas con las nuevas tecnologías con las mismas estrategias jurídicas que funcionaron en otras épocas. Asimismo, se suele dar una excesiva relevancia a la necesidad de legislar, como si se asumiera que la mera existencia de una ley fuera suficiente para resolver los problemas empíricos implicados.

“Las nuevas tecnologías de la información y la IA transformaron completamente el ejercicio profesional. No se trata del futuro, sino del presente. Y la realidad que nos toca vivir hoy, con motivo de la pandemia, aceleró muchos cambios en ese sentido.”

Quizás un ejemplo puede graficar la idea que intento expresar. Cuando se discuten ciertos problemas asociados a servicios de transporte ofrecidos y contratados a través de plataformas digitales —Uber, Cabify, etc.— se suele poner el foco en la necesidad de regulación y los operadores jurídicos suelen defender el encuadre jurídico dentro de categorías tradicionales del Derecho que no necesariamente se adecuan a las características propias de la economía colaborativa. Así, la discusión suele centrarse en analizar si se trata de un servicio público o de un contrato de transporte entre particulares.

En consecuencia, generalmente se omite el detalle fundamental de que hoy es posible intercambiar en el marco de una economía colaborativa a partir de las posibilidades que brinda la tecnología que, precisamente, no existían en la época en que se decidió regular el servicio de taxis. Hoy podemos contratar el transporte a través de un *smartphone*, antes de hacerlo podemos obtener muy fácilmente información sobre quién ofrece el servicio, conocer qué opinan otros usuarios que contrataron antes que nosotros, calcular el tiempo de llegada del auto y del viaje, así como también el costo, entre otros datos, porque la tecnología lo permite. En

otra época, cuando no existía internet, GPS ni *smartphones*, era razonable regular fuertemente el mercado del transporte, otorgar licencias especiales a quienes ofrecieran el servicio y controlarlas desde el Estado, identificarlos de manera visible con colores especiales, fijar una tarifa uniforme, etc., todo ello para garantizar que el usuario pudiera confiar en el servicio y que el Estado pudiera controlarlo. No existía otra forma de hacerlo, de un modo razonable, para brindar información y confianza al usuario. Pero la tecnología cambió esa realidad y hoy sí existen alternativas que permiten otras formas de intercambio. En otros tiempos, el Estado era un proveedor monopólico de confianza en ciertos ámbitos. Hoy, es un proveedor en competencia con otros en esos mismos sectores (3).

Por tal motivo, limitar la discusión exclusivamente a intentar encuadrar la realidad de las economías colaborativas en aquellas categorías jurídicas que funcionaron en épocas muy diferentes no parece la alternativa más razonable. Al contrario, es necesario buscar soluciones jurídicas innovadoras, que capten las particularidades de la nueva realidad social y tengan el impacto buscado en la conducta que se intenta regular. A tales fines, resulta necesario incluir otras cuestiones relevantes en el debate pues las razones que justificaron el diseño de las categorías jurídicas “servicio público” y “contrato de transporte” no necesariamente son equivalentes a las que debemos considerar para justificar la regulación de los intercambios en el contexto de una economía colaborativa. Esto no significa eliminar las categorías jurídicas tradicionales, que siguen siendo adecuadas en ciertos mercados, sino buscar nuevas alternativas de diseño institucional que las complementen y/o funcionen en otros.

3) Otra consecuencia negativa se vincula con la tendencia a ignorar la tecnología por temor a que amenace las incumbencias profesionales. La famosa historia de Kodak suele utilizarse como ejemplo de esta clase de reacciones. En los años noventa, era una de las empresas más exitosa e innovadora del mundo; sin embargo, fue incapaz de advertir la velocidad con la cual las cámaras digitales ingresaban al mercado y lo coparían.

Rafael Mery refiere a la anécdota de la reacción de George Eastman, fundador de Kodak, cuando en 1978 le mostraron la primera cámara digital y dijo “es linda, pero no se lo cuentes a nadie”. Kodak decidió dejar de lado la cámara digital por temor a que amenazara el negocio de la película fotográfica. Tiempo después, cuando sobrevino su quiebra en 2012, esta historia se convirtió en una lección en muchos ámbitos: ignorar la tecnología hoy, por temor a perder incumbencias, mercados o beneficios, puede acarrear la ruina mañana. En este sentido, Mery advierte que en la actualidad, en el campo de la enseñanza del Derecho, estamos viviendo “nuestro momento Kodak” (4).

II. Las mismas escenas se repiten en la enseñanza del Derecho

Las tres consecuencias relacionadas con la incapacidad de dimensionar adecuadamente el

impacto de las nuevas tecnologías en nuestra realidad profesional, que intenté describir en los párrafos precedentes, se presentan también en la enseñanza del Derecho.

Cuando hablamos de educación a distancia o bajo la modalidad no presencial, todavía existe una tendencia a reproducir digitalmente lo que hacíamos de manera presencial. Se suele advertir, en algunos casos, que las mismas clases magistrales de antes se hacen ahora a través de una plataforma digital. Y que el mismo material que se usaba se ofrece a través del campus virtual o un correo electrónico o medio equivalente.

Por otra parte, los debates sobre la necesidad de innovar en la enseñanza suelen recurrir a estrategias tradicionales para dar respuesta a las nuevas exigencias de la realidad. Así, suelen enfocarse principalmente en incluir contenidos en los planes de estudio. Por ejemplo, “Derecho Informático”, “Derecho y nuevas tecnologías”, “Derecho e inteligencia artificial”, etc. Pero son escasos los espacios en los que se cuestiona con la profundidad suficiente la utilidad de mantener ciertos contenidos de antaño y, mucho más difícil aun, modificar sustancialmente las estrategias y las metodologías de enseñanza.

Asimismo, se suele preferir muchas veces la inercia e ignorar ciertos cambios sociales que deberían ser tenidos en cuenta con miras a formar profesionales del futuro, tal vez por temor a perder espacios curriculares o incumbencias del profesorado, en algunos casos. Por ejemplo, ciertos cambios en la modalidad de enseñanza requieren una dedicación docente que muchos profesores y profesoras, por diversas razones, no pueden asumir. Otros implican dejar de lado contenidos que históricamente se enseñaron en las carreras de Abogacía. Y otros requieren recursos presupuestarios que superan las posibilidades concretas de muchas instituciones, al menos, en el corto plazo.

Sin embargo, estos problemas no son propios de quienes ejercen la abogacía ni tampoco de quienes enseñan Derecho.

III. El problema (y la solución) radica en que somos seres humanos

Las reacciones de estudiantes de grado y posgrado ante las preguntas disparadoras que plantea en el primer párrafo son anecdóticas pero, al mismo tiempo, constituyen un reflejo de cómo nos cuesta a los seres humanos prever y asimilar ciertos cambios. Y nos pueden dar buenas pistas sobre qué caminos explorar en la búsqueda de soluciones. Muchas veces se suele pensar que el problema está bien definido, que los objetivos son claros y que conocemos los instrumentos para alcanzarlos.

Probablemente, nada de eso sea correcto. Quizá no definimos demasiado bien el problema, no tenemos claro qué pretendemos ni con qué instrumentos contamos para resolverlo.

Las ciencias del comportamiento han demostrado que tomamos la mayoría de las decisio-

nes con base en heurísticas y sesgos cognitivos que son útiles —y fueron decisivos en términos evolutivos— pero también afectan nuestra percepción de la realidad (5). El llamado sesgo de normalidad o *efecto avestruz* se relaciona con no escuchar las malas noticias o ignorar información sobre situaciones que pueden afectarnos negativamente (6). El sesgo de exceso de confianza nos lleva a sobrestimar nuestras capacidades, nuestras posibilidades de supervivencia y adaptación, y también a creer que nada malo nos va a pasar y, consecuentemente, a subestimar riesgos (7). El sesgo del *statu quo*, por ejemplo, hace previsible la inercia en nuestra conducta, el mantenimiento del estado de cosas, aun cuando manifestemos racionalmente nuestra preferencia por la innovación (8).

En ese sentido, los aportes de los estudios sobre la conducta humana desarrollados, entre otros, por los psicólogos cognitivos Kahneman y Tversky, han revolucionado las ciencias sociales (9). Un ejemplo es el desarrollo de la Economía del Comportamiento que, a partir de la observación de la conducta, brinda herramientas para predecir comportamientos futuros. La aplicación de estos estudios al campo del Derecho es lo que se conoce como *Behavioral Law & Economics* o Derecho, Economía y Comportamiento, en español (en adelante, DEC) (10), que toma aquel marco teórico como punto de partida y permite estudiar de qué manera el diseño institucional puede influir en la conducta humana.

“El diseño de las estrategias educativas debe estar respaldado en datos empíricos. Resulta elemental no solo conocer a nuestros estudiantes, sus realidades, intereses y percepciones de ciertos problemas sino también conocer los datos relevantes del ejercicio profesional en distintos ámbitos para tomar decisiones respecto de las currículas y estrategias de enseñanza.”

Desde este enfoque, todas las reacciones que señalé anteriormente son bastante predecibles. No se trata de fenómenos que exclusivamente se producen en el ámbito ni de la enseñanza ni de la práctica profesional del Derecho. Y deben ser tomadas como un dato para cualquier propuesta prescriptiva. Los seres humanos reaccionamos de ese modo ante los cambios que percibimos como amenazas. Preferimos el mundo que conocemos y nos hace sentir cómodos, intentamos oponernos a los cambios que nos demandan esfuerzos de adaptación.

¿Qué se puede hacer frente a esto? En primer lugar, identificar, describir y exponer la existencia de esta clase de problemas es un avance decisivo. Nos permite advertir que es necesario

disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/Doctrina-Civil-30-09-2019-Parte-II-1.pdf>; id., “Hacia una administración pública 4.0: digital y basada en Inteligencia Artificial. Decreto ‘Tramitación digital completa’”, LA LEY, 2018, AR/DOC/1683/2018.

(2) P. ej., en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la práctica de exigir a los y las abogadas que confeccionen una cédula y la lleven al expediente, para que un oficial realice la notificación, se digitalizó reproduciendo exactamente los mismos pasos pero por medios digitales. Si tenemos en cuenta que la tecnología actual permite diseñar sistemas de notificación mucho más eficientes y simples, digitalizar una práctica que era razonable en otros tiempos, cuando dicha tecnología no existía, parece absurdo.

(3) Un análisis interesante en este sentido puede verse en: DOMENECH, Gabriel, “La regulación de la economía colaborativa: el caso de Uber contra el taxi”, *Rev. CEFLEGAL*, nros. 175-176, 2015 (ago-sept.), disponible en <http://roderic.uv.es/handle/10550/54302>.

(4) MERY, Rafael, “Educación legal y COVID-19”, 2020, <https://blog.lemontech.com/educacion-legal-y-covid-19>.

(5) ACCIARRI, Hugo, “Derecho y análisis del comportamiento”, en *Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento*, Ed. SAIJ, Buenos Aires, 2018, cap. 2, disponible en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1713>; KHANEMAN, Daniel – TVERSKY, Amos, “Choices, Values and Frames”, Cambridge University Press; THALER, Richard H. – SUNSTEIN, Cass R., “Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness”, Yale University Press, 2008; THALER, Richard, “Misbehaving: The Making of Behavioral Economics”, W.W. Norton & Company, 2015; SUNSTEIN, Cass R. – JOLLS, Christine – THALER, Richard H., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, 50 *Stanford Law Review* 1471, 1998.

(6) GALAI, Dan – SADE, Orly, “The ‘Ostrich Effect’ and the Relationship between the Liquidity and the Yields of Financial Assets”, July 2003, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=431180> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.431180>.

ssrn.431180.

(7) KHANEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, *Debate*, tercera parte, 2012; GENE, Ambrocio, “The Real Effects of Overconfidence and Fundamental Uncertainty Shocks”, *Bank of Finland Research Discussion Paper* No. 37/2017, 22/12/2017, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3092549>.

(8) Hugo Acciarri explica, en este sentido: “Solemos percibir mejor los problemas en los cambios, que los inconvenientes de los estados de cosas. Un tema sumamente estudiado por las ciencias del comportamiento es nuestra tendencia al *statu quo*. Sabemos que, en general, es relativamente más difícil cambiar, que no hacerlo. Pero esta tendencia se relaciona también con consecuencias más sutiles, como considerar menos grave lo malo de lo que está, de lo que siempre se hizo así, que los riesgos y costos de cambiar. No es solo una cuestión de percepción, de descubrir o soslayar problemas, sino también de evaluarlos. Los investigadores estadounidenses Eidelman y Crandall, p. ej.,

explican que tendemos a equiparar lo que está vigente, con lo que es bueno. Ese modo de ver las cosas cumplió funciones evolutivas favorable para la subsistencia de la especie humana. Pero los tiempos de los cambios sociales y tecnológicos no están ajustados exactamente a esas consideraciones evolutivas” (ACCIARRI, Hugo, “Estar vivo y el costo de demostrarlo”, *Derecho y Comportamiento*, 2020, disponible en: <https://derechoycomportamiento.wordpress.com/2020/05/11/estar-vivo-y-el-costo-de-demostrarlo-por-hugo-acciarri/>).

(9) Richard Thaler y Cass Sunstein explican el impacto que ciertos recordatorios, mensajes o alertas oportunos pueden tener para alterar la conducta, y los cuentan como ejemplos de “Nudges” 2014, Ver al respecto: THALER, Richard H. – SUNSTEIN, Cass R., ob. cit.; SUNSTEIN, Cass R., “Nudging: A Very Short Guide”, 37 *Journal Consumer Policy* 583, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2499658> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2499658>.

(10) Le idea de utilizar una denominación que evite ser la

cambiar ciertas decisiones y acciones para no sufrir efectos indeseados.

Luego, es clave comprender que el diseño institucional —en todos los ámbitos— será relevante para el curso que adopte nuestra conducta. Erróneamente se suele repetir que el Derecho “viene después” o “llega tarde”: “después que el crimen se produjo”, “después que el contrato se incumplió”, “después que el daño se causó”; como si solo fuera una práctica para lidiar con el desorden de conflictos que irreversiblemente ocurrirán en el mundo. Lo cierto es que el Derecho “viene antes” de las decisiones humanas: decidimos teniendo en cuenta, entre otras cosas, el marco institucional. Cuando decidimos si transgredir la ley o no, o si cumplir o incumplir un contrato, o cuando tomamos decisiones de prevención; tenemos en cuenta el Derecho vigente. Por eso, el Derecho viene antes de los delitos, de los contratos y de los daños e influye en la cantidad y magnitud de aquellos. No en todos los casos, ni con la misma intensidad, como un factor individual de cada decisión o acción, pero sí como factor social agregado, del universo de decisiones y resultados.

Asimismo, también es clave advertir que la ley, el derecho, las instituciones no son el único factor relevante. No basta con prohibir algo para que ese algo no suceda en el mundo. Las intenciones, plasmadas en leyes bienintencionadas, no hacen, por sí solas, buenos marcos institucionales. Al contrario, pueden conducir a efectos diametralmente opuestos a los buscados; lo que se conoce en Economía como “efecto cobra” (11).

El punto es comprender que los instrumentos institucionales son muy relevantes, pero no omnipotentes. No se puede lograr la felicidad de cada ciudadano/a solo legislando el derecho a ser feliz. No hay norma constitucional ni de convención internacional alguna que vaya a producir ese efecto. Y soslayarlo es una distorsión de la realidad que solemos sufrir como consecuencia de confundir nuestras intenciones y esperanzas con nuestras posibilidades reales.

Al contrario, cuando somos conscientes de nuestras limitaciones, es mucho lo que se puede hacer con poco. Si asumimos que quienes ejercemos la abogacía y enseñamos Derecho podemos tener influencia en el diseño de las instituciones, y que estas influyen de manera crucial en la conducta, deberíamos estar capacitados para poder hacer esas distinciones de manera profesional.

En otro orden, para hacer lo que podemos hacer es determinante poder relevar y analizar datos empíricos para la toma de decisiones, siempre. Los seres humanos podemos ser buenos intuyendo cuándo cruzar la calle, ponderando implícitamente la velocidad y la posición de los vehículos. Pero no lo somos, en cambio, para decidir del mismo modo cuestiones más complejas, como el impacto de un impuesto (o peor aún, el impacto conjunto de innumerables tributos), o para calcular el monto de una indemnización.

Procurar comprender la realidad y no pensar que nuestro trabajo se agota en el mundo del deber ser significa un avance decisivo. En esa tarea, no podemos prescindir del manejo y análisis de datos empíricos para acceder a una percepción aceptable de la realidad (12). Y hacerlo en todas las instancias de decisión, no solo antes de tomar decisiones sino también después, para evaluar su impacto a lo largo del tiempo, puede mejorar sustancialmente la calidad institucional.

Todo esto requiere no solo habilidades sino una perspectiva previa diferente, que justifique por qué esas habilidades son valiosas. La clave está en la formación jurídica.

IV. Acerca de formar profesionales para el futuro y las noticias alentadoras

La formación de los futuros profesionales debe necesariamente brindar herramientas que permitan advertir los problemas señalados y, además, desarrollar habilidades con las cuales aquellos puedan no solo adaptarse a las nuevas tecnologías sino, además, sacar ventajas de éstas. Las nuevas generaciones de profesionales del Derecho deben no solo ser capaces de aprovechar las posibilidades que brindan la IA, la *big data* y las tecnologías de la información sino también de diseñar estrategias jurídicas innovadoras que puedan dar soluciones a los nuevos problemas sociales que el uso de la tecnología genera.

Lograr los objetivos señalados en el campo de la enseñanza del Derecho es el gran desafío. Y la gran incógnita es cómo hacerlo sin fracasar en el intento. Si se busca una “receta” única y, asimismo, se pretende mostrar resultados en el corto plazo, el fracaso estará asegurado. Al contrario, la búsqueda de diversas estrategias institucionales, que se complementen y, a la vez, combinen herramientas buscando alcanzar objetivos modestos, paulatinamente, en distintos espacios, es una alternativa posible. Pero, como siempre, el secreto está en los detalles.

“La pandemia pasará. Pero el cambio tecnológico no va a concluir, sino acelerarse. El cambio tecnológico nos obliga a estudiar mejor qué rol pretendemos para el Derecho y las instituciones. A la vez, ayuda a estudiar y comprender mejor cómo nos comportamos ante el Derecho.”

Si coincidimos, al menos parcialmente, sobre los puntos de partida es más sencillo pensar en los cursos de acción. Algunas coincidencias básicas y explícitas son determinantes. En primer lugar, que el Derecho influye en el mundo social y no que solo opera para lidiar con ciertos conflictos *ex post*, en una sociedad impermeable a

las instituciones. También, que las instituciones no pueden evitar todos los infortunios, sino que debemos conocer los límites de los instrumentos disponibles y la reacción de la conducta humana a su aplicación. En ese marco, es fácil concluir que la tecnología crea nuevos problemas y nuevos beneficios y provee, a la vez, nuevos instrumentos. Y que nuestra propia percepción tanto de los primeros cuanto de los segundos no es la realidad de unos ni de otros.

En línea con lo expresado anteriormente, el diseño de las estrategias educativas debe estar respaldado en datos empíricos. Resulta elemental no solo conocer a nuestros estudiantes, sus realidades, intereses y percepciones de ciertos problemas sino también conocer los datos relevantes del ejercicio profesional en distintos ámbitos para tomar decisiones respecto de las currículas y estrategias de enseñanza.

Por otra parte, el énfasis debe estar puesto en la enseñanza de destrezas y no en la enseñanza de contenidos (13). Esto no significa que deban eliminarse completamente contenidos de las currículas. Por el contrario, impartir ciertos contenidos es inevitable. Por ejemplo, aquellos vinculados con ética, derechos humanos, género, derecho constitucional, entre otros. Y, además, la enseñanza de destrezas puede realizarse a partir de los contenidos. Por ejemplo, cuando se enseñan habilidades para argumentar, la elección de los temas sobre los cuales se ejercitará la argumentación se puede relacionar con los contenidos que se pretenda impartir o profundizar.

Sin embargo, el énfasis no debería estar puesto en los contenidos por la sencilla razón de que, en la actualidad, el acceso a los contenidos es muy fácil. Pero eso no significa que sea igual de fácil interpretarlos adecuadamente ni argumentar ni desarrollar habilidades para persuadir, ni diseñar estrategias jurídicas a partir del acceso a los contenidos. Para acceder a todos los contenidos que se pretenda, un robot puede ser mucho más eficiente que un graduado o graduada en Derecho. Pero para diseñar una estrategia jurídica compleja, por ejemplo, todavía los humanos podemos tener muchas ventajas si estamos entrenados en las habilidades necesarias para hacerlo.

Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, debe ponerse el foco en la enseñanza inter y transdisciplinaria. Así, sería relevante incluir dentro de las currículas nociones básicas de teoría del comportamiento, estadística y programación, entre otras. No podemos pretender que nuestros graduados y graduadas comprendan cuestiones elementales de IA, *big data* o prueba estadística, por ejemplo, sin brindarles algunas herramientas mínimas (14).

Las innovaciones en el campo de la enseñanza del Derecho deberían seguir estos lineamientos si se pretende capacitar profesionales que convivan con las nuevas tecnologías y puedan sacar provecho de sus ventajas, no que las padezcan.

La buena noticia es que muchos cambios en este sentido ya se han puesto en marcha en mu-

chas universidades argentinas, en la actualidad. Algunas, ya llevan un largo camino recorrido en ese sentido. Y, en otras, al menos, se comenzaron a debatir seriamente. Esto constituye un avance significativo pues el impacto de la formación académica en el futuro desempeño de los y las profesionales es definitivamente relevante.

En párrafos precedentes me refería a la influencia del diseño institucional en la conducta de los individuos. En este sentido, es sencillo advertir que las asignaturas obligatorias en un plan de estudios, por ejemplo, usualmente generan mayor atención y, por lo tanto, impacto en la formación de los estudiantes. Pero también las asignaturas optativas que integran formalmente el plan de estudios de la carrera de grado suelen definir la elección de una orientación o las inquietudes en relación con la continuidad de estudios de posgrado o la elección de áreas de práctica. Destinar mayor carga horaria a una actividad implica señalar que se trata de un aspecto relevante para su formación. Y, por el contrario, los temas, actividades y debates que no se incluyen en un plan de estudios o a los cuales se destina una carga horaria insignificante, suelen pasar desapercibidos por un gran número de graduados y graduadas.

Del mismo modo, escribir en un plan de estudio o en un programa de desarrollo institucional que la enseñanza de destrezas es prioritaria mientras que ningún integrante del plantel docente comparte esa idea o está dispuesto a hacerlo, o requiere una capacitación específica que la institución no le brinda, no tendrá ningún efecto. O incluir espacios curriculares novedosos y no contar con personas adecuadamente formadas para enseñar en tales espacios o dispuestas a asumir el compromiso que se demanda no generará ningún efecto.

Toda esta clase de decisiones involucran el diseño institucional en instancias educativas, que es decisivo para lograr los cambios que se requieren en la enseñanza del Derecho del siglo XXI. Para que los y las graduadas en Derecho no corran la suerte de las telefonistas, los pregoneiros o los faroleros.

V. Algunas reflexiones finales a propósito de la pandemia

Los cambios abruptos que generó la pandemia pueden ser vistos como una gran oportunidad para acelerar algunos procesos de innovación necesarios en el campo de la enseñanza del Derecho. Algunos insisten en resaltar que estos cambios de emergencia fueron caóticos y desnudaron problemas que antes pasaban desapercibidos. Tal vez tengan razón, en ciertos casos. Pero dado que el pasado es inmodificable, parece preferible rescatar los aspectos positivos a partir de los cuales podamos construir, para el futuro, una mejora sustancial en la calidad de la enseñanza (15).

La pandemia pasará. Pero el cambio tecnológico no va a concluir, sino acelerarse. El cambio tecnológico nos obliga a estudiar mejor qué rol pretendemos para el Derecho y las instituciones.

traducción literal de la que da rótulo a una aproximación demasiado definida procura buscar amplitud: el estudio de la conducta, que ampliamente refiere la segunda, no presupone conductismo como oposición a racionalidad, ni a evolución, sino simplemente el estudio del problema mediante los mejores conocimientos disponibles, que nos son estáticos ni exclusivistas. Al respecto, ver: ACCIARRI, Hugo, “De «análisis económico del derecho» a «derecho, economía y comportamiento». Por qué renovar (y ampliar) la denominación”, LA LEY, 31/05/2018, 1, AR/DOC/577/2018.

(11) El origen de la expresión “efecto cobra” proviene de una curiosa decisión legislativa que tomó el gobierno colonial británico en la India, con la intención de poner fin al problema existente por entonces de proliferación de cobras en la ciudad de Nueva Delhi. Por ley, otorgó una recompensa para quienes las capturaran. Esto generó que mucha gente de dedicó a la caza de cobras y, por lo tanto, la población de cobras disminuyó. El primer efecto indeseado fue que, a medida que se hacía más difícil encontrar cobras en la natura-

leza, las personas comenzaron a criar cobras en sus casas para luego matarlas y cobrar la recompensa, lo que generó un nuevo problema. Para solucionarlo, las autoridades decidieron eliminar la recompensa. Y ahí vino el segundo efecto indeseado: ante la falta de recompensa, ya nadie estuvo interesado en mantener la cría de cobras que no valían nada y, por lo tanto, las liberaron. Lo que causó una nueva proliferación de cobras en la ciudad.

(12) Conviene aclarar, no obstante, que también los datos suelen utilizarse de manera sesgada y que, por lo tanto, una mera observación de los datos no necesariamente permite corregir errores de percepción o evaluación, sino por el contrario, puede agravarlos. P. ej., cuando se parte de un preconcepto o idea infundada, y se buscan datos que solo respaldan dicha idea inicial, sin prestar debida atención a otros que la refutan o cuestionan. Este problema se relaciona, entre otros, con lo que se suele denominar, en Derecho, Economía y Comportamiento, sesgo de confirmación. Al respecto, ver: QUATTROCCHI, Walter – SCALA, Anto-

nio – SUNSTEIN, Cass, “Eco Chambers on Facebook”, *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, 2016, disponible en: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/; SUNSTEIN, Cass R., “Algorithms, Correcting Biases”, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3300171>; KAHAN, Dan M. – SLOVIC, Paul – BRAMAN, Donald – GASTIL, John – COHEN, Geoffrey L. – KYSAR, Douglas A., “Biased Assimilation, Polarization, and Cultural Credibility: An Experimental Study of Nanotechnology Risk Perceptions”, *Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper No. 08-25*, 04/02/2008, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1090044>; PEER, Eyal – GAMLIEL, Eyal, “Heuristics and Biases in Judicial Decisions”, *Court Review: The Journal of the American Judges Association*, 422, 2013, <https://digitalcommons.unl.edu/ajacourtreview/422>; entre otros. Por otra parte, la utilización de datos sin alguna idea mínima de nociones básicas para evaluar su confiabilidad, también puede generar problemas adicionales. Sin embargo, utilizar datos para respaldar la toma de decisiones es preferible a no ha-

cerlo, aun cuando existan los riesgos que señalo, porque la exposición de dichos datos brinda mayor transparencia a las decisiones y permite evaluar racionalmente el acierto o desacierto de la decisión en cuestión.

(13) BÖHMER, Martín “Algunas sugerencias para escapar al silencio del aula”, *Rev. Academia*, año 1, nro. 1, Universidad de Buenos Aires, 2003, ps. 19-25, disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/pub_ra_n1.php.

(14) Algunas ideas al respecto, expuse con mayor extensión en TOLOSA, Pamela, “Nuevas habilidades a desarrollar por quienes ejerzan la abogacía de cara al futuro”, LA LEY, 2018-D, 1076, AR/DOC/1744/2018.

(15) La experiencia de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, en este marco, procuró tomar las bases expuestas en estas líneas como referencia. Desde hace más de veinte años, un grupo pionero en estas ideas en Latinoamérica procura estudiarlas y llevarlas a la práctica. La relativa juventud y las condiciones institucionales de creación de

A la vez, ayuda a estudiar y comprender mejor cómo nos comportamos ante el Derecho (16).

A pesar de que la realidad actual parezca exponer un contexto de oscuridad para los futuros

la unidad académica y sus carreras favorecen su adopción, en general, y la posibilidad de adaptarse flexiblemente a los cambios. Los cambios impuestos por la tecnología son im-

profesionales de la abogacía, quienes tomamos decisiones vinculadas a la enseñanza del Derecho debemos avanzar en la profundización de los cambios necesarios y mostrar que hay luz al final de túnel. Rodeados de incertidumbre, presionantes y los que trajo la pandemia, extraordinarios. Pero, paradójicamente, unos y otros tienen algo de complementariedad favorable: la primera nos permitió lidiar mejor

pero con algunas certezas claras. Sabiendo que no hay logros definitivos y que todo es dinámico en la vida social. Sin pecar de soberbios y creer que las decisiones institucionales pueden hacer más de lo que pueden. Sin pecar de pesi-

con la segunda.

(16) En este sentido, ACCIARRI, Hugo, "¿Puede su abogado cambiar el mundo?", *Forbes*, 05/07/2013.

mistas y pensar que no pueden hacer nada. Y con el compromiso de estudiar en qué y cómo quienes ejercen el Derecho pueden influir para mejorar el mundo.

Cita online: AR/DOC/2900/2020

Ética profesional y ética judicial

Rodolfo L. Vigo
Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad del Litoral).
Ex-Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. El origen de las profesiones

El origen de las profesiones se vincula con la existencia de problemas y necesidades que aparecían en la sociedad, para atender o cubrir los cuales se fueron identificando personas que contaban con ciertas idoneidades o capacidades a esos fines. De ese modo, frente a los problemas de salud, se recurrió a aquellos que la experiencia demostraba que contaban con los conocimientos y las aptitudes suficientes como para solventarlos exitosamente; de esa manera aparecieron los primeros médicos. Las necesidades en materia de construcciones no cualquiera podía cubrir las, sino que solo algunos eran capaces de lograr levantarlas como para habitarlas satisfactoriamente, y así la humanidad fue teniendo los primeros arquitectos. También la humanidad tuvo que enfrentar desde sus orígenes problemas jurídicos, o sea discusiones y enfrentamientos sobre lo que correspondía a cada uno y a la sociedad, hasta que aparecieron los primeros juristas, capaces de dialogar aduciendo argumentos como para que algún tercero imparcial pusiera término a los debates, decidiendo a favor de uno de los contendientes.

Más allá de la exactitud temporal e histórica de la descripción precedente, lo que parece claro es que la constitución de las tradicionales y universales profesiones tiene conexión con tres elementos decisivos que queremos poner de relieve. En primer lugar, la profesión no se generó caprichosamente, sino para atender alguna necesidad de la población, por eso su ejercicio aportaba un bien a ella, en tanto le proporcionaba el beneficio de la salud, la vivienda, la justicia, etc. La actuación del profesional cubría una necesidad social o proporcionaba la solución de un problema real a los ciudadanos, de modo que, gracias a su actuación, se lograba un beneficio. En segundo lugar, el carácter de profesional no fue adjudicado caprichosamente; más bien era el resultado racional de constatar ciertas aptitudes cognoscitivas o manuales como para afrontar y resolver el problema que le traían los ciudadanos. De algún modo fue la sociedad la que confería aquel título que lo habilitaba para ejercer esas capacidades beneficiosas. En tercer lugar, el profesional quedaba investido de un cierto privilegio o poder sobre aquellos que atendía, dado que su respuesta implicaba dirigir o imponer su decisión u opinión a los que requerían sus servicios. El profesional quedaba diferenciado del resto de los ciudadanos, en tanto terminaba obteniendo un cierto

privilegio o monopolio a la hora de requerirse los servicios en materia de salud, arquitectura, derecho, etcétera. A la luz de las características indicadas, es posible concluir racionalmente que en el origen de las profesiones se conjugan una dimensión ética: el objeto de su ejercicio era proporcionar un bien; una dimensión democrática: la sociedad directa o indirectamente confiere ese título; una dimensión racional: el título se justifica en la idoneidad respectiva que posibilita la provisión de un beneficio o bien; y una dimensión de poder de la que queda investido el profesional. Pero junto con esas dimensiones constitutivas querríamos destacar una quinta, vinculada con las regulaciones que acompañaron desde su inicio las prestaciones profesionales, en tanto la sociedad no se desligó de ellas una vez conferido el reconocimiento de profesional, sino que arbitró una serie de reglas cuyo objeto era la actividad profesional, en orden a lograr la correcta prestación y la consiguiente responsabilidad. En efecto, a tenor de los resultados obtenidos, fácil era ir constatando y distinguiendo entre el malo, el mediocre o el excelente profesional y, consiguientemente, atribuir sanciones o reconocimientos. Precisamente estas reglas del comportamiento profesional fueron establecidas desde el derecho y desde la moral o ética; por ende, sus violaciones suscitaban responsabilidades y sanciones de uno y otro tipo. En síntesis, podemos concluir que ese poder que la sociedad ponía en manos de los profesionales era acompañado por reglas en su prestación, a los fines de procurar que ella resultara correcta, incluyendo no solo sanciones, sino también el reconocimiento social para aquellos que los prestaban de una manera particularmente exitosa o generosa.

Reforzando la aludida y constitutiva dimensión ética de las profesiones, podemos traer a colación las consideraciones efectuadas por A. Cortina cuando, glosando la obra "Tras la virtud" de A. MacIntyre, destaca el sentido teleológico que anima a ciertas actividades sociales (donde podríamos ubicar las profesiones). Precisamente esa finalidad se asimila a un "bien interno" a ellas, que constituye su razón de ser y justificación (el docente, la enseñanza; el jurista, la justicia; el médico, la salud, etc.), pero al mismo tiempo esas actividades posibilitan la obtención de ciertos "bienes externos": dinero, prestigio y poder, y la corrupción se da cuando esa actividad solo se presta para obtener los bienes externos, sin importar los bienes internos. De ese modo la actividad queda corrompida y deslegitimada.

Por supuesto —insistamos— en que las consideraciones precedentes no pretenden ser una descripción histórica real del origen de las profesiones, sino una reconstrucción racional, con la pretensión de poner de relieve algunas notas constitutivas de lo que hoy consideramos un profesional.

II. Ética, moral o deontología profesional

Esos tres términos compiten en el terreno de las profesiones cuando se quiere hablar de regulaciones no jurídicas. Sin embargo, tenemos

reparos respecto del término "deontología", no solo por su anclaje originario en la filosofía utilitarista de Jeremías Bentham (en su libro póstumo "Deontology or the Science of Morality"), sino porque su etimología remite al deber ("deonto" en griego es deber), y pensamos que la ética o moral tiene que ver con la adhesión racional y voluntaria a exigencias sobre las conductas, cuyo atractivo se apoya en los bienes a los que se orienta el cumplimiento de esas exigencias —fundamentalmente positivas, aunque también hay negativas—. En realidad en la ética, lo fundamental es el fin capaz de generar obligaciones, en la medida en que al sujeto lo atraiga suficientemente como para moverlo voluntariamente; pues un deber impuesto sin adhesión voluntaria, en razón de los beneficios o bienes que se generarán, no satisface plenamente lo que reclaman la ética o la moral. Como lo ha dicho de mil formas Aranguren, el hombre es constitutivamente moral, y la moral le viene de "adentro", y reproduciendo a Zubiri escribe: "el hombre está obligado al deber porque está ligado a la felicidad. La «ligación» es natural; la «obligación», en cierto modo, también". El derecho sí podría ser asimilado a "deontología" porque ahí lo decisivo es cumplir con los deberes establecidos por las reglas jurídicas, y resulta irrelevante la intención que acompañe esos comportamientos, incluso —como es suficientemente sabido— el reconocimiento de cumplir un deber jurídico con intención injusta o solo por el temor a la sanción, no afecta a dar por satisfecho el pleno cumplimiento de ese deber sin generar ningún reproche jurídico.

En cuanto a los otros dos términos en cuestión —ética y moral— los usaremos como sinónimos, no solo avalados por la etimología en tanto a Cicerón se le atribuye el traducir *ethos* por lo que se castellaniza como moral (en su obra "De Fato", pues *moralis* deriva de *mos*, *moris* que significa costumbre, forma de vida, modo de ser y comportamiento), sino porque en definitiva ambas reclaman voluntariedad, de modo que la intención que acompaña las respectivas conductas resulta decisiva para el juzgamiento ético. No ignoramos que moral y ética adquieren significados diversos, especialmente a partir de las observaciones de Hegel respecto a Kant, pero nos parece que las modestas pretensiones de este artículo justifiquen la sinonimia apuntada.

A los fines de comprender el sentido amplio que tenía la moral en el pensamiento clásico y su distinción —aunque no separación con el derecho—, puede resultar de interés recordar con Tomás de Aquino que los "deberes de justicia" (deberes morales en un sentido lato o amplio), o sea aquellos que tienen por objeto deudas sociales de uno para con otro, pueden distinguirse en dos tipos: deudas jurídicas de justicia y deudas morales (en sentido estricto) de justicia, según se puedan saldar y exigir su cumplimiento coercitivo, pues hay deudas que es imposible pagar totalmente (p. ej., la contraída con los padres de los que hemos recibido el ser) y deudas que si las cumplimos por medio de la coerción no pueden ser consideradas pagadas (p. ej., las deudas de agradecimiento). De ese modo, hay deudas de justicia o sociales que no pueden

ser impuestas jurídicamente, y aquellas deudas de justicia o sociales asumidas por el derecho pueden cumplirse solo jurídicamente o también moralmente (en este caso, además de la conducta exigida, está presente la intención justa).

“La ética judicial está constituida por exigencias positivas y negativas discernidas racionalmente que procuran persuadir al juez de su cumplimiento por los beneficios que ello genera, de manera de lograr que asuma en el ser y en el parecer un compromiso con la excelencia en el servicio y no se conforme con el mero cumplimiento de los deberes jurídicos.”

El concepto central de la ética o moral es el "bien" y su capacidad para movilizar e interpe- lar la razón y la voluntad del destinatario como para buscarlo por medio de las conductas pertinentes. En filosofía clásica la regla próxima de la ética es la razón que ordena el acto por medio del bien que procura, pero ella requiere de una voluntad que lo quiera. Con acierto sintetiza Aranguren tres concepciones centrales de la ética: en Sócrates, la ética se asimila a saber o ciencia, por lo que el mal surge de la ignorancia; en Aristóteles, la ética se funda en la prudencia y en la buena voluntad; y en Kant, la ética se identifica con la buena voluntad que se allana a cumplir el deber por el deber mismo; y es igualmente útil a la hora de distinguir entre derecho y moral recurrir a la diferenciación propuesta por Lon Fuller entre "moral del deber" y "moral de aspiración", como también a su idea de "escala moral" de la sociedad que va de aquel mínimo al compromiso con la excelencia.

III. La ética y la ética profesional

Encontramos en Cicerón una caracterización de la ética que más allá de su precisión filosófica, sirve para introducirnos en esa realidad inescindible de lo humano, nos referimos a cuando en "De finibus", I,64 habla de la moral como "*vitae degendae ratio*", es decir: "modo de conducir la vida". Es que vivir humanamente supone inexorablemente hacernos cargo de nuestra vida para conducirla —con mayor o menor plenitud— con nuestra razón y nuestra voluntad. No podemos dejar de conducirnos, y aún resistir a esa exigencia nos condena a conducirnos. Se muestra así ese carácter constitutivo de la ética en todo miembro de la especie humana, de manera que no puede quedar al margen de la ética; no hay nadie con razón y libertad que permanezca al margen de la moral, que sea a-moral.

La ética estudia o tiene por materia primaria el acto propiamente humano (*actus humanis*), o sea el que, a diferencia del acto del hombre (*actus*

hominis), es escogido libre y racionalmente por la persona. Aquellos actos no resultan simplemente atribuidos a alguien, sino que responde por ellos aquel que los ha ejecutado sabiendo lo que hacía y estando en posibilidad de no realizarlos. De ese modo, en la medida en que el hombre conoció o estaba en condiciones de conocer lo que estaba haciendo y optó por ese comportamiento, aunque podía abstenerse, estamos frente a una materia susceptible de un juicio ético. Pero en la materia de la ética además de actos también ingresan los hábitos (buenos = virtudes o malos = vicios) que generan la repetición de los actos que estudia. Y también es del interés de la ética aquella identidad, carácter, personalidad o calidad ética en la que se va constituyendo la vida de cada uno a tenor de los actos y los hábitos. Recapitulando, la ética estudia y se refleja en los actos propiamente humanos, los hábitos que suscitan la repetición de estos y en aquella identidad que la vida asume a tenor de actos y hábitos. Destaquemos que hablamos tanto de la ética como disciplina teórica (*ethica docens*) que estudia aquella materia o realidad, como también de la ética asumida en nuestra vida (*ethica utens*) conforme a la cual nos comportamos respecto de nosotros mismos (ética individual) como respecto de los otros (ética social). Todos tenemos y vivimos según una ética, aunque solo algunos se ocupan de estudiarla.

Por supuesto que la misma materia puede ser estudiada desde distintos puntos de vista, pero al que pretendemos referirnos ahora es al ético o moral. Y no hay demasiada discusión como para acordar que el concepto central de la ética es el de “bien”, aunque hay diversos modos o maneras de definirlo. Escogiendo una de esas respuestas, diremos que el “bien” se identifica con cierta completitud, “florecimiento” (*finnis*) o perfección que es propio de aquello que estudiamos o juzgamos. Yendo directamente al campo que nos interesa de la ética profesional, podemos señalar que ella se ocupa de los actos, los hábitos y la personalidad del profesional desde la perspectiva del buen profesional, o sea de aquel que cubre la prestación del servicio a otro del mejor modo posible. Sin duda que la prestación del servicio profesional de manera acabada, plena o excelente genera de manera directa en el usuario la correspondiente satisfacción o felicidad por el beneficio recibido, pero también hay otros beneficiarios por ese servicio “bien” prestado, como la sociedad, que sabe que cuenta con profesionales excelentes, los colegas, el mismo buen profesional, sus auxiliares, etcétera.

La ética profesional es una ética social aplicada a un servicio que alguien presta a otro en orden a lograr proveerle un determinado beneficio, por eso desde ella es posible identificar aquellos profesionales excelentes, regulares o malos. Ese juzgamiento ético podemos verlo desde las exigencias que pesan para la “buena” prestación del servicio, o también desde el resultado beneficioso que genera ella.

IV. El derecho y la ética de las profesiones

Como ya dijimos, pesan sobre el privilegio que ostentan los profesionales ciertas exigencias que buscan que el servicio se preste correctamente, pero entre esas exigencias podemos distinguir a las jurídicas de las morales. Ambas exigencias tienen en común el procurar un adecuado servicio profesional, pero más allá de ese común y genérico propósito, hay diferencias marcadas que pasamos a detallar.

IV.1. El derecho es de mínimos y la ética de máximos

De aquellas exigencias que la ética reconoce, el derecho asume las más graves y que por sus características son posibles de prescribir al modo jurídico. En efecto, el derecho es un “mínimo de la ética” en tanto sus mandatos son avalados por la ética, pero de todo lo que esta pretende en orden al profesional excelente, se limita a exigir aquello que parece ser muy relevante. De ese modo, el derecho es compatible con la mediocridad profesional, dado que no busca que

el profesional alcance un nivel de excelencia y se conforma con que la prestación transite por un cauce de normalidad. En todas las profesiones es posible reconocer tres grupos: están, por un lado, uno pequeño conformado por aquellos que no respetan las exigencias éticas asumidas por el derecho, y, por ende, que terminan en los tribunales o presos. El segundo grupo es el más numeroso y es el constituido por los que respetan las regulaciones jurídicas que pesan sobre el profesional, pero en su mediocridad se limitan a no incurrir en algún ilícito o violar al derecho profesional, por eso pasan por la vida profesional sin pena ni gloria. Y hay finalmente un tercer grupo, cuánticamente muy pequeño, donde están aquellos profesionales que se entregan al servicio de un modo excelente y logran el reconocimiento premial de usuarios y sociedad por medio de homenajes a través de, por ejemplo, monumentos o la imposición de su nombre a auditorios, aulas, calles, etcétera.

IV.2. El derecho no es voluntario y la ética sí

El derecho, al imponer sus exigencias, no las condiciona a su aceptación por parte del destinatario, por eso es estrictamente heterónomo. Como adelantábamos, la ética requiere la voluntariedad, dado que si realizamos algo solo por la amenaza de coerción no habrá mérito moral en nuestro comportamiento, aunque el acto genere beneficios objetivos para otros. Sin propósito consciente, falta un elemento del acto propiamente humano, que es, como dijimos, materia de la ética. El derecho es compatible con responsabilidades objetivas que prescinden de intenciones y circunstancias, pero la ética necesariamente acude a ellas para atribuir su mérito. Las reglas jurídicas no requieren necesariamente de la participación de sus destinatarios, aunque podemos pedir al derecho que brinde razones como para justificar sus mandatos, pero su eficacia no se condiciona a que aquellas logren convencer al destinatario. La voluntariedad de las reglas morales, por ejemplo, los Códigos de Ética profesional, hace que resulte muy importante la participación de sus destinatarios a la hora de establecer sus deberes.

IV.3. El derecho juzga actos plenamente realizados, mientras que la ética se interesa también por intenciones

Sin perjuicio de las coincidencias que pueden verificarse con el punto anterior, queremos destacar que, mientras no haya acto objetivamente ejecutado, no hay posibilidad de atribuir o juzgar responsabilidades jurídicas, de modo que, si un juez estuvo a punto de vender una sentencia pero no lo hizo porque entendió que el precio ofrecido era bajo, el derecho nada tiene para juzgar. Sin embargo, para la ética esa situación del juez ambicioso arrepentido es de enorme preocupación y atención. Incluso en el juzgamiento ético no solo no puede prescindirse de las intenciones, sino que la calidad ética del acto puede variar según las mismas. Reconstruyendo un dicho popular, podemos decir que el “infierno jurídico” está plagado de buenas intenciones, aunque en el “cielo ético” están sobre todo aquellos que obran con ellas.

“Pesan sobre el privilegio que ostentan los profesionales ciertas exigencias que buscan que el servicio se preste correctamente, pero entre esas exigencias podemos distinguir a las jurídicas de las morales. Ambas exigencias tienen en común el procurar un adecuado servicio profesional.”

IV.4. El derecho se preocupa por lo que pasó y la ética por lo que sigue

La mirada típica del jurista es hacia atrás (ex *post facto*), hacia lo que pasó, en orden a de-

terminar si la conducta en cuestión infringe o no una cierta norma jurídica. Mientras que la mirada ética, en tanto discurso racional que busca convencer, está interesada en no solo lo que ocurrió, sino esclarecer cómo sigue la persona en cuestión. Así, por ejemplo, en una relación de confianza como la propia de la amistad, el amigo intentará comprender qué es realmente lo que ocurrió, pero sobre todo estará interesado por saber cómo sigue la relación, si puede seguir considerando amigo a aquel que incurrió en una falta a la amistad; por eso actitudes como arrepentirse, pedir perdón o una nueva oportunidad resultan decisivas respecto del ofendido. A este le preocupa si el amigo seguirá siendo considerado tal, o si por el contrario ha dejado de serlo para el futuro. Estas consideraciones relacionadas con la disposición o propósito del acusado para el futuro resultan irrelevantes en términos estrictamente jurídicos.

IV.5. El derecho apela típicamente a sanciones, en tanto que la ética auspicia reconocimientos

El modo típico con el que el derecho exige es por medio de la amenaza de alguna sanción o perjuicio que se impondrá al que infringe la regla. La pedagogía del derecho apela a las sanciones; por eso, aunque los deberes jurídicos se acompañen de razones justificatorias, ellos tienen presente a los protervos que no se allanan voluntariamente a cumplirlos. La ética puede prescindir de sanciones al modo de las jurídicas (lo apropiado pueden ser reproches públicos o privados), pero es impropio que margine los reconocimientos, dado que se trata de la justa retribución respecto de aquel que cumple el servicio sin mediocridad y con una entrega y una calidad superiores. Así como la conformidad con el derecho no justifica premios dado que es un mínimo, el cumplir los máximos reclamados por la ética no solo parece de justicia el reconocerlo, sino que de ese modo se aporta a la ejemplaridad que inspire seguimientos en otros. Una sociedad sin modelos a seguir está —parafraseando a Ortega— “baja” de moral o “desmoralizada” y, ello también repercutirá en el seguimiento del derecho, dado que una “alta” moral social repercute favorablemente en la eficacia del derecho.

IV.6. El derecho juzga actos; la ética también hábitos

El objeto del derecho son conductas que son juzgadas respecto de si cumplen o violan lo prescripto por las reglas jurídicas, más allá de los hábitos que las acompañen, por eso resulta irrelevante si esa conducta antijurídica es habitual. Pero en la ética se estiman importantes los hábitos —buenos y malos— dado que ellos hacen fáciles los actos respectivos, suscitando la satisfacción por realizarlos, y, además, las virtudes son una pieza clave de la vida moral a la hora de confiar en el juicio moral en el hombre de “buen vivir”. Por eso se entiende que la ética se preocupa por la adquisición de esos hábitos dado que —apelando a la metáfora aristotélica— “una golondrina no hace verano”, pero tampoco el invierno deja de serlo por una golondrina y todos tendrán que abrigarse o tener al alcance de la mano la ropa adecuada para el frío. La moral pide actos objetivamente buenos, pero también pretende que vayan acompañados de habitualidad, porque esta “segunda naturaleza” (como diría Aristóteles) facilita cumplimientos y discierne mejor.

IV.7. Las consecuencias jurídicas son más acotadas que las éticas

En el juzgamiento jurídico lo decisivo son los protagonistas implicados en el caso jurídico en cuestión, y por supuesto que siempre serán importante las consecuencias, pero no pueden marginarse las regulaciones jurídicas. También es importante destacar que, a la hora de establecer dichas normas, la finalidad procurada será central o focalmente el bien común o interés general. La perspectiva ética es mucho más amplia y compleja, en tanto hay que hacer un

balance integral de los beneficios y perjuicios de todos los intereses comprometidos en el acto bajo análisis; así, por ejemplo, en ese comportamiento judicial en donde aparece comprometida la imparcialidad, para el juzgamiento ético habrá que ver qué y cuánto afecta a las partes, a sus abogados, a los colaboradores del juez, las repercusiones sociales, la solución prevista en el derecho vigente, etc. Es ese balance final el que resulta decisivo, por supuesto que ello no implica casuismo, pero implica recordar con Santo Tomás la relevancia que tiene en la prudencia la experiencia que proporciona el tiempo y que es más importante conocer lo singular del acto que las exigencias generales.

IV.8. Los deberes jurídicos son más determinados que los éticos

La seguridad jurídica es un valor que se auspicia del derecho, y a esos fines de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de lo que haremos, el ciudadano necesita saber anticipadamente qué conductas están prescriptas, prohibidas o permitidas. A servir ese objetivo se orienta la promulgación de las reglas jurídicas, brindándosele al destinatario la posibilidad de conocer su contenido. Sin embargo, en el caso de las exigencias éticas ellas siempre dejan mucho más impreciso o indeterminado lo que mandan, esto mismo de algún modo puede verse al hilo de la distinción entre reglas y principios postuladas por autores como Alexy, pues las reglas son “mandatos definidos” mientras que los principios son “mandatos de optimización” o “contenido moral y forma jurídica”, y por ende, dejan espacio para que sobre la base de las posibilidades fácticas y jurídicas se vaya determinando en concreto lo prescripto para el caso. Los principios son moral concentrada (o también derecho o respuestas jurídicas en potencia) que luego corresponde actualizar o determinar a tenor de las circunstancias fácticas en juego.

IV.9. En el juzgamiento jurídico no es decisiva la autoridad ética del juzgador, pero en el juzgamiento ético sí lo es

En el campo del derecho la autoridad del que juzga se satisface por medio de lo que al respecto ordenan las mismas normas jurídicas; por ende, quien está investido del poder jurisdiccional y es competente para el caso tiene plena autoridad para pronunciarse jurídicamente respecto de este. En el campo de la ética, a los fines de contar con autoridad para juzgar los comportamientos de otros, resulta decisivo que se tenga esa idoneidad que se obtiene a través del tiempo y que resulta visible para todos, incluidos aquellos a los que se juzga. Por eso, los tribunales éticos contemplan una integración con personas de alta e indiscutible autoridad en ese terreno, no pudiendo suplirse su ausencia por medio de normas jurídicas. E incluso si la ética pretende convencer para generar un compromiso íntimo con la excelencia, ello solo será posible si el que interpela tiene autoridad para lograr esa adhesión íntima a favor de la ética y provocar los arrepentimientos respectivos.

V. Ética judicial

Es claro que la ética judicial es una proyección de la ética profesional al campo específico de la función judicial; por ende, depende de lo que se piensa de la ética y de lo que se piense del objeto de la tarea judicial. De ese modo, solo desde una teoría ética objetivista y cognitivista es posible hablar de actos judiciales “buenos” y “malos”, y consagrarlos en algún documento como un Código de Ética Judicial. A los fines de proponer una caracterización de lo que puede entenderse por ética judicial, digamos que ella está constituida por exigencias positivas y negativas discernidas racionalmente que procuran persuadir al juez de su cumplimiento por los beneficios que ello genera, de manera de lograr que asuma en el ser y en el parecer un compromiso con la excelencia en el servicio y no se conforme con el mero cumplimiento de los deberes jurídicos.

Es obvio que sobre el juez pesan deberes jurídicos y también deberes éticos. Así, por ejemplo, el derecho intenta garantizar la imparcialidad judicial prescribiendo las causales de excusación y recusación, pero seguramente es más relevante a esos fines la conciencia ética del juez que el mero cumplimiento formal. De ese modo se ve que el derecho asume un mínimo de la ética judicial, y así ella avala todo lo que aquel manda, pero al mismo tiempo le suma modalidades a esas exigencias que son propias de la ética, y a ese respecto cabe insistir en la necesidad no solo de que sea un buen juez sino que no se comporte “de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que pres-

ta su función” (art. 54, Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica), siendo “consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos” (art. 55).

VI. Conclusión

De lo precedentemente señalado, resulta sencillo afirmar la procedencia y la urgencia de la ética profesional, más aún no resulta fácil entender racionalmente cuánto se dilata una atención en serio sobre la misma por parte de los que deben asumirla. La sociedad y los usuarios de los profesionales no tienen ninguna duda al respecto, por lo que solo cabe sospechar incertidumbres teóricas, irresponsabilidades o intereses

espurios en dilatar su tratamiento y su vigencia. Los juristas tenemos buena responsabilidad en seguir pregonando la importancia decisiva y autosuficiente del derecho, no obstante que la realidad desmiente ese optimismo. Por supuesto que tampoco cabe cambiar un optimismo ingenuo o irreal por otro remitido a otras reglas, apostando a que las regulaciones éticas sean la fuente automática de la felicidad de usuarios y sociedades, porque, en definitiva, siempre lo decisivo será la libertad y los criterios de su ejercicio. Pero sin duda que para que una sociedad crezca en moral también se necesita de éticas profesionales fuertes y vigentes. En buena medida, el futuro de la humanidad cada vez más depende de una conciencia ética cierta y eficaz, principalmente en aquellos muy poderosos a los que el derecho no los alcanza o les llega tarde o muy débil. No está de más recordar que la ética genera un círculo virtuoso, en tanto su presencia vital suscita agradecimientos y reconocimientos que inspira seguimientos, pero un apropiado camino para impulsarla es que los profesionales asuman el liderazgo en esa tarea. Y eso que decimos respecto de la ética profesional en general se potencia si lo proyectamos al juez, particularmente en estos tiempos propios del Estado de derecho constitucional donde la capacidad jurígena del juez ha ganado en importancia para el respeto de los derechos humanos y controlar al poder.

Cita online: AR/DOC/2852/2020

THOMSON REUTERS

LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO

LA FUNCIÓN NOTARIAL

Enfoque constitucional, civil, documental,
nuevas tecnologías y contratos inteligentes

Gastón Augusto
Zavala (Director)

1 Tomo + eBook

La presente obra abarca desde teorías y herramientas técnico-jurídicas que hacen a la esencia de cada temática abordada, hasta instrumentos aplicables en la práctica de cada una de las figuras. Está realizada por doctores, magísteres, abogados, escribanos, académicos, todos especialistas en cada uno de los temas desarrollados.

Se realiza un análisis exhaustivo en cada uno de los trabajos. En la faz tecnológico-jurídica se desarrolla una innovadora apreciación de los Contratos Inteligentes, *Smart Contracts*, *Tokenización* Inmobiliaria y de Activos, como también el impacto que han tenido en relación con las actas notariales.

Con respecto a los derechos del consumidor, medio ambiente y seguridad jurídica, se analiza la protección dada por la intervención notarial como garante de los derechos fundamentales y órgano legitimador, entre otras diversas temáticas.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

Seguí nuestra nueva página de **LinkedIn** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey

@TRLaLey

ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS

LA LEY

LANZAMIENTO

COLECCIÓN DERECHO PENAL

Director: **Juan Pablo Montiel**

Juan Pablo Montiel • Mateo Bermejo • Andrés Falcone

3 Tomos + eBook

La colección que todo penalista debe tener en su biblioteca.

Ofrece una panorámica actual de los temas que se están discutiendo hoy: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, el Criminal Compliance, análisis económico de la política criminal, etc. Se plantean problemáticas clásicas desde un enfoque renovado, ofreciendo herramientas para que el profesional pueda resolver problemas prácticos.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

Seguí nuestra nueva página de **LinkedIn** con **contenido específico** para contadores.

ThomsonReutersLaLey

@TRLaLey

ThomsonReutersLatam

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I. - Administración, Comercialización y Redacción: Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC) Teléfono: 54-11-4378-4765 - Bs. As. Rep. Arg. -
Registro Nacional de la Propiedad Intelectual N° 5074180
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.