
LA TECNOLOGÍA Y LAS OBLIGACIONES ÉTICAS DEL ABOGADO*

Diego FERNÁNDEZ**

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2017

Fecha de aprobación: 7 de noviembre de 2017

Resumen

En el presente trabajo el autor abordará la incidencia actual de la tecnología en los deberes éticos del abogado, y como ésta ha impuesto nuevas obligaciones a la hora de ejercer su profesión. En el trabajo también se analizará cómo se encuentra legislada dicha temática en los Estados Unidos y en la Argentina.

Palabras clave

Obligaciones éticas – tecnología – confidencialidad y secreto profesional – códigos de ética – competencia y capacitación permanente – comunicaciones con el cliente y deber de informar

* El autor le agradece a Inés O'Farrell por su colaboración en la recopilación de información sumamente valiosa para la preparación del artículo.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina) (2003). Magister en Derecho de la Propiedad Intelectual por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Argentina) (2008). Magister en Derecho de Tecnologías de la Información y Privacidad por The John Marshall Law School, Chicago (2012) (EE.UU), donde se recibió con honores. En el 2014 trabajó como asociado extranjero en Foley & Lardner LLP, Chicago, en el Departamento de Tecnologías de la Información y Privacidad. Es abogado Senior en Marval, O'Farrell & Mairal y se desempeña en el área de Propiedad Intelectual y de Tecnologías de la Información y Privacidad. Autor de diversos artículos de su especialidad. Miembro del directorio y vicepresidente del Comité Sudamericano de la International Technology Law Association (ITechLaw), vicepresidente del Capítulo Argentino de la International Association of Privacy Professionals (IAPP), miembro del Comité de Tecnología de la IBA, miembro del Comité de Internet de la INTA y del Comité de Software de Fuente Abierta de la ABA.

THE TECHNOLOGY AND THE ETHICAL OBLIGATIONS OF LAWYERS

Abstract

In the present work the author will address the current incidence of technology in the ethical duties of the lawyer, and how such has imposed new obligations on the professional practice. The work will also analyze how this subject is legislated in the United States and in Argentina.

Keywords

Ethical obligations – technology – confidentiality and professional secret – codes of ethics – competence and permanent training – communications with the client and the duty to inform

I. Introducción

La tecnología, debido a su gran capacidad para modificar paradigmas, siempre ha generado dilemas éticos. Al plantear situaciones nuevas, nos obliga a interpretar las reglas éticas existentes para brindar una respuesta adecuada o —en algunos casos— a reconocer que los lineamientos con los que contamos, ahora resultan insuficientes.

En las últimas décadas los avances tecnológicos se han acelerado significativamente y han transformado completamente la forma en la que vivimos, trabajamos e interactuamos, teniendo como una de sus consecuencias el planteo de nuevos interrogantes éticos.

Cuando hablamos de éstos, es común recurrir al ejemplo de los vehículos autónomos. La discusión se centra en cómo debieran responder estos vehículos frente a situaciones que implican generar indefectiblemente un daño, con la posibilidad de elegir a quién dañar y a quién no. Veamos. El vehículo autónomo transita por una calle y de repente, frente a un hecho que no pudo prever (como por ejemplo un grupo de personas que cruzan sin mirar), se encuentra frente a una situación ante la cual no tiene tiempo suficiente de frenar sin que sus ocupantes se lastimen o puedan morir por la rápida maniobra. La opción que se le presenta como contrapartida es desviar levemente el trayecto del auto e impactar a los peatones. Es decir, tiene que decidir entre dañar a quienes ocupan el auto o a quienes cruzan la calle. Y esa decisión, se programa de antemano por personas de carne y hueso.

El resultado en este caso será, entonces, la respuesta de una decisión meditada y estudiada, tomada seguramente por programadores, ingenieros y directores de compañías.

Más allá del evidente dilema ético que plantea el caso, lo importante del ejemplo es que muestra cómo la tecnología muchas veces nos obliga a cambiar nuestra manera de pensar la ética y, en particular, las obligaciones de los profesionales.

Por su parte, la abogacía es una profesión con una serie de particularidades. En efecto, uno de sus rasgos más característicos es que implica, necesariamente, una relación de confianza. Un cliente que confía un asunto a su abogado le otorga un poder considerable sobre sus intereses. En este sentido, el ejercicio del derecho trae aparejado una serie de obligaciones esenciales que se ven reflejadas en los distintos códigos de ética profesional. Como mínimo, un abogado debe representar los intereses de su cliente, con saber y habilidad, respetando la ley y manteniendo el secreto profesional.

Sin embargo, la tecnología ha transformado la forma en la cual los abogados ejercemos nuestra profesión y el modo de prestar servicios legales. En este contexto, cabe plantearse qué esperamos de ellos en un contexto de rápidos avances tecnológicos, y cómo la tecnología nos obliga a cambiar para cumplir con nuestros deberes éticos.

A continuación, analizaremos algunos efectos de los avances tecnológicos aplicados al derecho, para luego analizar cómo ello podría impactar en las obligaciones de ética profesional de los abogados. Por último, haremos una comparación entre las regulaciones existentes en los Estados Unidos y en la Argentina.

II. La tecnología y el derecho

La tecnología impactó y continúa impactando en el derecho principalmente en dos planos distintos. Por un lado, los avances tecnológicos modifican la forma de ejercer la profesión y ofrecer servicios profesionales. Por otra parte, la tecnología también ha ido transformando el contenido del derecho en sí mismo.

En relación al primer aspecto, es decir la forma en la que prestamos nuestros servicios profesionales, han existido diversas tecnologías con efectos disruptivos e impacto en la profesión. Algunos de estos cambios incluyen el paso del trabajo manuscrito a la máquina de escribir manual, luego a la máquina de escribir eléctrica, y eventualmente el cambio a una computadora de escritorio, que más tarde fue reemplazada por computadoras cada vez más pequeñas y portables, como son nuestros teléfonos celulares. De la misma manera, el fax, la posibilidad de hacer fotocopias, y eventualmente la posibilidad de imprimir y escanear documentos, fueron cambiando nuestra forma de

trabajar. Los distintos avances en cuanto a mecanismos de comunicación, transmisión y almacenamiento de documentos e información, también implicaron muchos cambios durante el tiempo y hemos tenido que adaptarnos.

Tal vez lo más llamativo de todo esto es la rapidez con la que los cambios tienen lugar. Algunas décadas atrás eran más paulatinos. Hoy en día hay cambios sustanciales de manera permanente. La aparición de la computadora personal, la impresora, el scanner y el correo electrónico, es relativamente reciente. Pero en los últimos años además ha habido cambios significativos en lo que hace a las comunicaciones, gestiones y presentaciones electrónicas, formas y tipo de almacenamiento de la información, incluyendo el concepto de nube, el procesamiento masivo de datos y desarrollo de software e inteligencia artificial. Por ejemplo, resguardar de manera cuidadosa documentación de un cliente no requiere lo mismo hoy que hace 20 años. En su momento, la obligación de ser diligente con la documentación y resguardar su confidencialidad implicaba tener ciertos papeles físicos bajo llave y cuidar quién tenía acceso a los mismos. Actualmente, se encuentra relacionado con temas de almacenamiento y transmisión de datos, el software asociado y ciberseguridad.

Del mismo modo, la manera de investigar antecedentes o buscar información que pueda ser útil para un caso, ha cambiado significativamente. Difícilmente podríamos decir hoy que un abogado buscó de manera diligente a una persona o a un comercio si no intentó ubicar sus perfiles en redes sociales.

La forma de comunicarse y mantener informado a un cliente también cambió radicalmente. La inmediatez de las comunicaciones electrónicas ha desplazado a las de formato papel a través de cartas, que le daban al abogado tiempo suficiente para escribir, revisar, repensar, reescribir y enviar. Esto generó y genera un interesante debate acerca de la prestación de servicios legales en la era de la comunicación instantánea. Básicamente, se relaciona al hecho de que es más difícil dar asesoramiento correcto, completo y adecuado cuando el cliente espera una respuesta inmediata. Es lógico que en algunos casos la calidad del servicio se pueda ver afectada por la rapidez en la respuesta.

En cuanto al segundo aspecto, es evidente que la tecnología tiene muchos efectos en el derecho en sí mismo. La tecnología atraviesa transversalmente el derecho que practicamos, afectando campos muy variados, incluyendo la propiedad intelectual, el derecho laboral, el derecho impositivo, el derecho del consumidor y el derecho penal. Asimismo, nos plantea discusiones completamente nuevas vinculadas a la privacidad, la ciberseguridad y la responsabilidad de prestadores de servicios de internet, por ejemplo. Algo seguramente pensado 30 años atrás.

Por último, relacionado tanto con la forma como con el contenido del derecho, la tecnología ha revolucionado temas relacionados con la prueba de los hechos. Más allá del área de práctica de cada abogado, los asuntos vinculados a la prueba digital han cobrado vital importancia. La mayoría de los documentos que manejamos hoy en día están en formato digital, incluyendo correos electrónicos, conversaciones por servicios de mensajería instantánea, contenidos de sitios web y redes sociales. En este contexto, saber cómo recabar, preservar, analizar y alegar la prueba digital es de suma importancia.

III. Nuevas obligaciones de ética profesional de los abogados

Como consecuencia de los cambios descriptos anteriormente, se discute internacionalmente si deben existir cambios en la ética profesional exigible al abogado en la era de la tecnología. Como en todo debate hay quienes creen que sí, y quienes creen que no. La postura a favor, generalmente deriva de los nuevos deberes éticos tradicionalmente reconocidos y se funda en que la falta de conocimiento tecnológico hoy en día no es una mera desventaja competitiva, sino un incumplimiento de un saber exigible.¹

Veamos a continuación algunas de estas obligaciones.

III.A. Competencia y capacitación permanente

Los abogados tenemos un deber de competencia. La forma en la que se regula la manera de constatarla, y los requisitos de capacitación posteriores al ingreso en la profesión, varían mucho de jurisdicción en jurisdicción. Pero existe una idea compartida de que un abogado debe tener un conocimiento básico para representar los intereses de sus clientes, y que además debe procurar mantener ese nivel en el tiempo.

Esto ha llevado a que en muchas ocasiones se establezca una conexión entre el deber de competencia y el conocimiento tecnológico básico.² Esta competencia tecnológica básica se podría exigir tanto en la forma de practicar el derecho como en relación al contenido del derecho en sí mismo. En particular, algunos destacan que —como mínimo— existiría una obligación de poder identificar aquellos casos en los que resulta necesario, o al menos sugerible, la intervención de un profesional de otro área con mayor conocimiento tecnológico o técnico.

¹ ANDROPOULOS (2017).

² GREY (2017).

III.B. Confidencialidad y secreto profesional

Hoy en día existe un vínculo reconocido entre ciberseguridad y el deber de confidencialidad. En efecto, los Principios Generales de Conducta Profesional de la *International Bar Association*³ establecen lo siguiente en su comentario 4.2: “los abogados deben asegurar que la confidencialidad y el secreto profesional de las comunicaciones electrónicas y los datos almacenados en computadoras sea mantenida. Los estándares en esta materia se encuentran evolucionando en tanto evoluciona la tecnología misma, y los abogados tienen un deber de mantenerse informados de los estándares profesionales exigibles a fin de cumplir con sus obligaciones.”⁴

Las obligaciones relacionadas con la seguridad de la información van desde medidas más simples, tales como contar con un firewall, un antivirus y una contraseña relativamente compleja en la computadora, a medidas más sofisticadas, como el uso de servicios de correo electrónico encriptados, el resguardo de metadatos, y la selección (y en algunas instancias, control) del proveedor de servicios informáticos. Sin dudas, las medidas de seguridad que razonablemente puedan exigirse dependerán de las circunstancias de cada caso, pero normalmente habrá estándares mínimos.

La vinculación entre la ciberseguridad y la confidencialidad ha logrado una creciente visibilidad, en gran medida por la reciente serie de ciberataques dirigidos contra estudios jurídicos, como por ejemplo el ataque sufrido por DLA Piper en junio de 2017 que generó una nueva toma de conciencia acerca de este riesgo actual y real.

De todos modos, no se puede perder de vista que no existen los sistemas informáticos cien por ciento seguros y que el uso de tecnología e Internet necesariamente expone a las personas y los sistemas a las vulnerabilidades que le son propias. En ese contexto, en el que ni abogados ni clientes pueden tener o exigir una seguridad total, lo que resulta exigible es tomar medidas razonables para proteger los sistemas y las

³ Principios Generales de Conducta Profesional, *International Bar Association*, disponible en: [<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=BC99FD2C-D253-4BFE-A3B9-C13F196D9E60>] el 12/10/2017.

⁴ Su redacción en idioma original dice lo siguiente: “lawyers should also take care to ensure that confidentiality and professional secrecy are maintained in respect of electronic communications, and data stored on computers. Standards are evolving in this sphere as technology itself evolves, and lawyers are under a duty to keep themselves informed of the required professional standards so as to maintain their professional obligations”.

comunicaciones con el fin de evitar un ataque informático o incidente de seguridad. Es decir, tomar, mínimamente, las medidas de seguridad estándar en la industria y jurisdicción de que se trate. Pero de ningún modo debe asegurarse que no existirá un ataque o incidente, ni mucho menos responder de forma objetiva frente a la ocurrencia de éstos. Y, frente al ataque o incidente, aun cuando se hayan tomado medidas razonables de protección, también debe resultar exigible contar con un plan de remediación que permita mitigar cualquier fuga, exposición o pérdida de información posible.

III.C. Comunicaciones con el cliente y deber de informar

Un aspecto importante del ejercicio de la profesión se relaciona con las comunicaciones entre el abogado y su cliente, ya sea en conversaciones presenciales o a distancia, para discutir un caso y la estrategia a seguir, o bien avances en el caso o eventuales negociaciones. Existe una obligación general de mantener abierto un canal de comunicación con el cliente y proporcionarle información acerca de sus asuntos.

Ello nos hace pensar cómo y a través de qué medios debe hacerse esa comunicación con el cliente. Como ya mencionamos, qué constituye una respuesta dentro de un plazo razonable y qué implica un canal de comunicación adecuado se ha visto afectado por el desarrollo de nuevas formas de comunicación, particularmente aquella de carácter electrónico. Como se indicó anteriormente, esto indefectiblemente estará también afectado por el hecho de que no es posible exigir una comunicación cien por ciento segura y, en este aspecto, clientes y abogados por igual deberían de forma conjunta asumir tales riesgos.

IV. Reglas de ética profesional y tecnología

En el marco de lo que venimos examinando, a continuación analizaremos las reglas de ética profesional existentes en los Estados Unidos y en la Argentina, con relación a la tecnología.

IV.A. Estados Unidos

En Estados Unidos, las reglas de ética para el ejercicio de la profesión se encuentran contenidas en los códigos adoptados por los diferentes Estados. Los códigos de ética profesional contienen los estándares mínimos de conducta que son exigidos a los abogados en la práctica jurídica dentro de cada jurisdicción.

Pese a que cada Estado adopta sus propias reglas y controla el ejercicio de la profesión en su jurisdicción, las normas éticas estatales se basan principalmente en el

modelo general elaborado por la *American Bar Association* (“ABA”). La ABA es una asociación de abogados y estudiantes que opera a nivel nacional y que cumple diversas funciones relacionadas a la enseñanza y práctica del derecho.

Una de las tareas más importantes de la ABA se relaciona con la aprobación —y actualización— de las Reglas Modelo de Conducta Profesional (las “Reglas Modelo”),⁵ las cuales fueron adoptadas en 1983 y su contenido es periódicamente revisado y modificado por la ABA. Las Reglas Modelo consisten de ocho secciones que se refieren a distintos aspectos del desempeño del abogado. Cada sección está compuesta por reglas que, asimismo, cuentan con una serie de comentarios que las explican en detalle.

Sin embargo, las Reglas Modelo no son en sí mismas normas vinculantes. Por otra parte, constituyen la base de los requisitos de conducta profesional de la mayoría de los Estados. En la actualidad, California es el único Estado cuyas reglas de comportamiento profesional no siguen el formato de las Reglas Modelo. Los restantes Estados han adoptado su formato general, aunque las regulaciones en particular varían de Estado a Estado. Asimismo, son influyentes como fuente de interpretación de las obligaciones de los abogados.

Entre 2012 y 2013, una comisión denominada “Comisión de Ética 20/20” se dedicó a estudiar el efecto de la globalización y la tecnología en la profesión legal y efectuó una serie de recomendaciones en relación a las Reglas Modelo de la ABA. Como resultado, se les han realizado modificaciones para adaptarlas a la nueva realidad del ejercicio de la práctica legal.⁶ En la actualidad, 35 Estados han adoptado las modificaciones.⁷

En particular, esta reforma implicó mencionar de manera expresa a la tecnología en relación con las obligaciones del abogado respecto de: (i) brindar una representación competente (Regla 1.1); (ii) comunicarse con el cliente (Regla 1.4); (iii) mantener la confidencialidad (Regla 1.6); y (iv) notificar a terceros en caso de recibir información enviada involuntariamente (Regla 4.4). Veamos estas modificaciones en más detalle.

⁵ Model Rules of Professional Conduct, American Bar Association, disponible en: [https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html] el 12/10/2017.

⁶ CASSENS WEISS (2017).

⁷ Listado completo de estos Estados disponible en: [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/chron_adopted_e_20_20_amendments.authcheckdam.pdf] el 12/10/2017.

En primer lugar, las Reglas Modelo refieren expresamente a la relación entre el conocimiento tecnológico y la representación competente del cliente. La Regla 1.1 se refiere a la obligación que tienen los abogados de representar de manera competente a sus clientes, disponiendo lo siguiente: *“el abogado representará de manera competente al cliente. La representación competente requiere del conocimiento legal, la habilidad, la dedicación y la preparación razonablemente necesaria para llevar a cabo la representación”*.⁸

Uno de los comentarios a la Regla 1.1 se refiere a la obligación de los abogados de actualizarse y estudiar para mantener el conocimiento legal y la habilidad necesaria para practicar el derecho. A partir de la reforma de las Reglas Modelo, este comentario ahora establece: *“para mantener el conocimiento y la habilidad requeridos, el abogado se deberá mantener al tanto de los cambios en la ley y en la práctica del derecho, incluyendo los beneficios y riesgos asociados a la tecnología pertinente, continuar con actividades de estudio y educación, y cumplir con todos los requisitos de capacitación permanente que le sean aplicables”*.⁹

Al comentar este agregado, la Comisión de Ética 20/20 sostiene que el espíritu de la Regla 1.1 ya exigía que los abogados se mantuvieran informados de los avances tecnológicos que afectan la práctica del derecho y que la modificación sólo hizo explícita una obligación ya existente. En efecto, se ha sostenido que la Regla 1.1 no implica una innovación, sino una manifestación.¹⁰

En segundo lugar, la nueva versión de las Reglas Modelo también incluyó un cambio relacionado a la Regla 1.4 referido a la conducta del abogado y la comunicación con el cliente. Esta norma incluye, entre otras, las obligaciones relacionadas a la necesidad de informar, consultar y explicar distintos asuntos al cliente. Antes de la reforma, el comentario n° 4 establecía que los abogados debían responder o confirmar haber recibido los llamados del cliente. Esta obligación se encontraba vinculada a uno de los incisos de la Regla 1.4, que requiere que los profesionales respondan rápidamente a los pedidos de información razonables que pudiere efectuar un cliente. En su redacción actual, el comentario N° 4 dispone que los abogados deben responder o reconocer *“las*

⁸ Su redacción en idioma original dice lo siguiente: *“a lawyer shall provide competent representation to a client. Competent representation requires the legal knowledge, skill, thoroughness and preparation reasonably necessary for the representation”*.

⁹ Su redacción en idioma original dice lo siguiente: *“to maintain the requisite knowledge and skill, a lawyer should keep abreast of changes in the law and its practice, including the benefits and risks associated with relevant technology, engage in continuing study and education and comply with all continuing legal education requirements to which the lawyer is subject”*.

¹⁰ JENSON, COLEMAN Y SHERER (2014).

comunicaciones” del cliente, aceptando que la forma de comunicación ha cambiado y no se limita a llamados telefónicos.

En tercer lugar, a partir del año 2012 las Reglas Modelo comenzaron a reflejar el vínculo entre la tecnología y la obligación de confidencialidad. En ese sentido, se agregó un nuevo inciso (c) a la Regla 1.6 sobre la confidencialidad que debe mantener el abogado, que desde entonces dice lo siguiente: “*El abogado debe hacer esfuerzos razonables para prevenir la divulgación involuntaria o no autorizada de, o el acceso no autorizado a, información relacionada a la representación del cliente*”.¹¹

Debido al uso generalizado de la tecnología para guardar y transmitir información confidencial, el informe de la Comisión de Ética 20/20 remarcó que esta modificación debía incluirse en el texto mismo de la Regla 1.6 y no simplemente en su comentario.

El comentario n° 18 sienta algunos lineamientos para determinar cuándo se puede considerar que un abogado ha hecho esfuerzos razonables para resguardar la seguridad de la información.

Los factores a considerar incluyen (i) la sensibilidad de la información, (ii) la probabilidad de que se divulgue la información si no se toman medidas de seguridad adicionales, (iii) el costo y la dificultad de tomar medidas adicionales, y (iv) el impacto que tales medidas pueden tener en la habilidad del abogado de representar adecuadamente a su cliente.

En tal sentido, el comentario plantea que debe considerarse la fricción que existe entre las medidas a tomar para proteger la información, y el impacto de aquellas en la prestación de servicios adecuados al cliente. El ejemplo que proporciona para explicar la idea consiste en la utilización de un software o un equipo que brinde la seguridad necesaria, pero que es extremadamente difícil de usar por lo que termina obstaculizando la correcta prestación de los servicios.

Pero para comprender acabadamente cómo funcionan y se interpretan estas reglas de ética, veamos decisiones recientes dictadas por la ABA en relación con las obligaciones éticas y la tecnología.

¹¹ Su redacción en idioma original dice lo siguiente: “*A lawyer shall make reasonable efforts to prevent the inadvertent or unauthorized disclosure of, or unauthorized access to, information relating to the representation of a client*”.

En 2017, la ABA emitió la Opinión Formal de Ética 447R acerca de la comunicación de información protegida del cliente, relacionada con la Regla 1.6.¹² Esta opinión actualizó y complementó la Opinión Formal de Ética 99-413 de 1999, acerca de la protección de la confidencialidad en correos electrónicos no encriptados.¹³

En la Opinión Formal de Ética 99-413 se estableció que los abogados tienen una expectativa de privacidad razonable al comunicarse por correo electrónico, incluyendo los no encriptados, pese a los riesgos de que la comunicación sea interceptada o divulgada. Como era de esperarse, esta percepción de privacidad en las comunicaciones electrónicas en 1999, cuando el uso del correo electrónico no estaba aún muy difundido, dista bastante de la que tenemos hoy. Es por ello que la Opinión Formal de Ética 447R refleja una percepción muy diferente de los riesgos que presentan estas comunicaciones en 2017.

La mencionada opinión señala que todo equipo y lugar de almacenamiento implica un riesgo de divulgación involuntaria o no autorizada de información del cliente. En este contexto, evalúa las implicancias de la obligación del abogado de “*hacer esfuerzos razonables*” para prevenir su acceso o divulgación. La regla general que sienta la ABA es que los abogados pueden utilizar Internet (incluyendo correos electrónicos no encriptados) para transmitir información vinculada a sus clientes en temas rutinarios que no sean particularmente sensibles, en tanto se utilicen métodos de seguridad básicos y razonables, como por ejemplo firewalls, anti-virus y contraseñas complejas modificadas con regularidad.

Por otra parte, también señala que los abogados deben recurrir a precauciones de seguridad adicionales —como el uso de comunicación encriptada— cuando así se requiera, ya sea por un acuerdo con el cliente o porque lo exija la ley, o cuando resulte necesario en base a la naturaleza de la información tratada. En ese sentido, continúa remarcando que el profesional deberá analizar qué constituyen “*esfuerzos razonables*”, evaluando cada caso en particular, tomando en cuenta los elementos listados por el comentario n° 18 a la Regla 1.6 de las Reglas Modelo.

Al igual que el Informe del Comité de Ética 20/20, la Opinión Formal de Ética 447R no menciona métodos de seguridad específicos, sino que plantea ejemplos o sienta guías generales. Ambos documentos reconocen que en un contexto de constantes avances tecnológicos, no es posible recurrir a requisitos específicos.

¹² Opinión Formal de Ética 447R, American Bar Association, disponible en: [http://www.abajournal.com/files/FO_477_REVISED_05_22_2017.pdf] el 12/10/2017.

¹³ Opinión Formal de Ética 99-413, American Bar Association, disponible en: [<https://shop.americanbar.org/ebus/store/productdetails.aspx?productId=219976>] el 12/10/2017.

Por último, la actualización de las Reglas Modelo importó un cambio en la Regla 4.4 que contiene obligaciones del abogado en relación a terceros. En este sentido, el inciso (b) de la norma establecía que si un abogado recibía por error un envío dirigido a otra persona, tenía la obligación de notificar al remitente. La redacción actual de la Regla 4.4 extiende la obligación a cualquier información almacenada por medios electrónicos. Adicionalmente, los comentarios a la Regla 4.4 fueron modificados para reflejar esta ampliación. En particular, el comentario n° 2 aclara que el concepto de “*documento o información almacenada electrónicamente*” incluye los metadatos que pueden ser leídos o volcados a un formato legible.

IV.B. Argentina

Veamos ahora qué es lo que sucede en nuestro país. En Argentina, la ética profesional del abogado se encuentra regulada a través de los diversos códigos aprobados por los Colegios de Abogados del país. Éstos, a su vez, cuentan con la facultad de ejercer el control sobre la profesión legal en base a leyes dictadas a nivel provincial. A continuación nos referiremos principalmente al régimen vigente en la Ciudad de Buenos Aires.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la actividad del abogado se encuentra regulada por la ley 23.187 de 1985, que creó el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (“CPACF”) y lo facultó para dictar un código de ética. Por su parte, el CPACF aprobó su Código de Ética¹⁴ en 1987.

A diferencia de las normas de ética profesional que existen en los Estados Unidos, la ley 23.187 y el Código de Ética del CPACF no contienen ninguna referencia expresa a la tecnología. Sin embargo, muchas de las obligaciones generales del abogado contempladas por la ley 23.187 y el Código de Ética de la CPACF podrían tener implicancias relacionadas con la tecnología. En particular, contemplan deberes de los abogados ligados al secreto profesional y la capacitación permanente.

Tanto el artículo 6 inciso f) de la ley 23.187 como el artículo 10 inciso h) del Código de Ética del CPACF se refieren a la obligación del abogado de respetar el secreto profesional, el cual se relaciona con evitar la revelación de información que pueda perjudicar al cliente. Asimismo, el artículo 10, inciso i) del Código de Ética del CPACF establece que el abogado debe defender el derecho a la inviolabilidad del estudio y de los documentos que le hubiesen sido confiados.

¹⁴ Código de Ética, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, consultado en: [http://www.cpacf.org/inst_codigo_etica.php] el 12/10/2017.

Estos deberes implican una obligación del abogado de resguardar de manera razonable la información que posee del cliente. A la luz de esta obligación, un profesional que deja una carpeta con información de un caso en un lugar público o envía un documento importante a través de una persona poco confiable, no estaría actuando de manera diligente. De igual manera, en el contexto actual en donde la mayoría de los documentos son almacenados y transmitidos por medios electrónicos, es lógico que un abogado deba tomar ciertos recaudos relacionados a la seguridad de la información de su cliente. Una diligencia mínima podría incluir, por ejemplo, contar con un programa antivirus y una clave de acceso a su computadora o teléfono.

En relación con la obligación de capacitación permanente, el artículo 10, inciso c) del Código de Ética del CPACF establece que atender a dicha capacitación es un deber inherente al ejercicio de la abogacía. Por su parte, el artículo 19 inciso a) enumera entre los deberes fundamentales del abogado para con su cliente el de atender a los intereses confiados por éste último, con celo, saber y dedicación, lo que implica un deber de estar actualizado en los temas que afectan tales intereses.

Tradicionalmente, esta obligación siempre implicó mantenerse actualizado en cuanto a legislación, doctrina y jurisprudencia. Una parte central de las actividades de los Colegios de Abogados ha sido la de ofrecer cursos, charlas y foros destinados a mantener a los abogados al tanto de los desarrollos en el derecho que podrían afectar su práctica jurídica. Por otra parte, hoy en día es imposible pensar que un profesional pueda ejercer el derecho con celo, saber y dedicación sin contar con un conocimiento tecnológico básico.

En ese sentido, creemos vital que los Colegios de Abogados dicten cursos y charlas que abarquen de forma específica estos temas. Teniendo en cuenta que son los Colegios de Abogados quienes al menos en una primera instancia evalúan el desempeño ético de los profesionales del derecho, resultaría contradictorio que éstos emitan un juicio de valor sobre sus actividades, sin haberles primero ofrecido la posibilidad de capacitarse sobre estos conocimientos técnicos.

Este conocimiento tecnológico tiene distintas aristas.

Por un lado, el conocimiento tecnológico está vinculado a la forma de prestar servicios jurídicos. Hoy por hoy difícilmente se puede ejercer la profesión sin contar con una cuenta de correo electrónico segura para comunicarse con clientes, contrapartes y los tribunales, un sistema de almacenamiento de documentos, y acceso a información disponible *online* (tales como buscadores de doctrina y jurisprudencia, el boletín oficial, sistemas de consultas de causas judiciales, entre otros). Por el otro, hay muchos trámites y

gestiones ante organismos públicos que tradicionalmente se realizaban en papel y que ahora se efectúan de forma online.

Como analizamos en la sección anterior, la tecnología impactó en las distintas ramas del derecho. Un ejemplo claro de la necesidad de un conocimiento tecnológico mínimo es la acordada 3/2015 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El máximo tribunal implementó un nuevo sistema de notificaciones electrónicas e informatización judicial y reglamentó diversos aspectos procesales relacionados con el mismo. Si bien al principio existió cierta resistencia para su puesta en marcha, y su implementación se vio pospuesta en más de una oportunidad, finalmente comenzó a funcionar sin demasiados sobresaltos. Luego de un largo período de formación y charlas informativas, la notificación tradicional que realizaba un oficial notificador, pasó a realizarse de forma digital a través de un domicilio electrónico.

Otro claro ejemplo es el caso en que los abogados deben analizar y estudiar cómo la tecnología afecta determinada área del derecho, como sucedió tras el dictado de la ley 26.388 sobre ciberdelitos, que tipificó delitos ya existentes pero en su faz informática, e incluyó otros nuevos cuyo objeto es un equipo informático. Ello implicó la necesidad de considerar el rol de la tecnología en tales supuestos.

Además, y más allá del área de práctica de cada abogado en particular, en la actualidad los temas vinculados a la prueba digital son centrales en cualquier litigio. La mayoría de los documentos que se generan todos los días se encuentran en formato digital, y por lo tanto es necesario saber cómo recabar, preservar, analizar y alegar la prueba digital.

Estos cambios en cuanto a la competencia tecnológica de los abogados se evidencian en la oferta de actividades de actualización de los Colegios de Abogados que incluyen cursos y talleres acerca del uso de herramientas digitales, presentaciones online, prueba digital y ciberdelitos.

Vale la pena destacar que los deberes del abogado de mantenimiento del secreto profesional y capacitación permanente no son exclusivos al régimen de la Ciudad de Buenos Aires. En efecto, son universalmente reconocidos como deberes esenciales a la profesión, y se encuentran incluidos en los distintos códigos de ética vigentes en Argentina.

De esta manera, el deber de mantener el secreto profesional se encuentra establecido por el artículo 58 de la ley 5.177 de la Provincia de Buenos Aires, el art. 11 de las

Normas Ética Profesional del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires,¹⁵ el artículo 19 inciso 7 de la ley 5.805 de la Provincia de Córdoba, el artículo 3 inciso b) del Código de Ética Forense del Colegio de Abogados de Santa Fe y el artículo 38 del Código de Ética del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza,¹⁶ sólo por nombrar algunos.

Por su parte, en cuanto a la capacitación de los profesionales, el artículo 11 de la ley 5.177 de la Provincia de Buenos Aires se refiere al rol de los Colegios de Abogados Departamentales en relación a la “*actualización, perfeccionamiento y especialización de los conocimientos científico-jurídico de los profesionales*” y el artículo 1 de las Normas Ética Profesional del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires dispone que el abogado debe poner en la defensa de los derechos de su cliente su celo, saber y habilidad. Asimismo, el artículo 2 del Estatuto del Colegio de Abogados de Santa Fe establece entre las funciones del organismo el estímulo del estudio del derecho.¹⁷ Además, el Código de Ética del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza en su artículo 9 dispone que los abogados poseen la obligación de estudiar y de medir su propia capacidad, actualizándose constantemente y profundizando sus conocimientos jurídicos.

V. Conclusión

La tecnología plantea nuevos interrogantes éticos y continuará haciéndolo a lo largo de su desarrollo, que muchos tecnólogos estiman será exponencial. El ritmo de estos avances hace que el derecho normalmente vaya varios pasos por detrás, intentando responder con reglas pasadas a situaciones muy novedosas, lo que muchas veces resulta dificultoso.

En este contexto, se seguirá discutiendo acerca de qué es —y qué no es— exigible a los abogados en la era de la tecnología. En los Estados Unidos este debate se encuentra mucho más avanzado que en nuestro país. En Argentina, y en la medida en que los códigos de ética no traten de manera explícita el asunto, las obligaciones del abogado en relación a la tecnología son inciertas. Seguramente en algún punto los códigos de ética se modificarán de forma tal que manifiesten de forma expresa algunos de estos avances.

¹⁵ Normas de Ética Profesional del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, disponible en: [<http://colproba.org.ar/j/2008/12/29/normas-de-etica-profesional/>] el 12/10/2017.

¹⁶ Código de Ética del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, disponible en: [http://www.colabogmza.com.ar/?page_id=945] el 12/10/2017

¹⁷ Estatuto del Colegio de Abogados de Santa Fe disponible en: [<https://www.casf.org.ar/colegio/estatuto/>] el 12/10/2017.

Más allá de esto, debemos recordar que no existen sistemas informáticos cien por ciento seguros y el uso de tecnología y de internet implica asumir diversos riesgos, no pudiendo abogados ni clientes tener o exigir una seguridad total. Por este motivo, resulta exigible en tales casos tomar medidas razonables, pero que de ningún modo implicará una garantía asumida por el profesional del derecho de no ser objeto de ataques o incidentes de seguridad.

Finalmente, esto deberá complementarse con cursos y charlas sobre esta temática específica, dictados por los distintos Colegios de Abogados.

Bibliografía

ANDROPOULOS, S. (2017) “Most States Now Require Tech Competence for Lawyers. What Does That Mean For You?”, *Legal Marketing and Technology Blog*, disponible en <https://onward.justia.com/2017/02/09/states-now-require-tech-competence-lawyers-mean/> el 12/10/2017.

CASSENS WEISS, D. (2012) “Lawyers Have Duty to Stay Current on Technology’s Risks and Benefits, New Model Ethics Comment Says”, *ABA Journal Law News*, disponible en http://www.abajournal.com/news/article/lawyers_have_duty_to_stay_current_on_technology_risks_and_benefits/ el 12/10/2017.

GREY, I. (2017) “Tech Savvy Is a Requirement, Not an Option”, *Law Technology Today*, disponible en <http://www.lawtechnologytoday.org/2017/03/technology-competence-part-i/> el 12/10/2017.

JENSON, K., COLEMAN, W., SHERER, J. (2014) “Ethics, Technology, and Attorney Competence”, *The Advanced E-Discovery Inst.*, disponible en <https://perma.cc/TFR6-VZNG> el 12/10/2017.