

myf

REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

10

MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO • INNOVACIÓN TECNOLÓGICA EN LA GESTIÓN JUDICIAL • NEUROCIENCIAS Y DERECHO





**COLEGIOS DE
MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE**

Delegación Norte Santa Fe
(Circunscripción Judicial N° 1)
25 de Mayo 1855, Planta Baja.
(0342) 458 0035
CP 3000, Ciudad de Santa Fe

Delegación Sur Rosario
(Circunscripción Judicial N° 2)
Balcarce 1551
(0341) 440 3081 - 449 2333
CP 2000, Rosario

Consejo Regional Venado Tuerto
(Circunscripción Judicial N° 3)
Saavedra 455
(03462) 46 1011
CP 2600, Venado Tuerto

Consejo Regional Vera - Reconquista
(Circunscripción Judicial N° 4)
• Eugenio Alemán 1852
CP 3550, Vera
• San Martín 1060
(03482) 42 5120
CP 3560, Reconquista

Consejo Regional Rafaela
(Circunscripción Judicial N° 5)
Alvear 226
(03492) 42 4172
CP 2300, Rafaela

ISSN 2545-6563

10

Revista del Colegio
de **Magistrados y Funcionarios**
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

myf

Revista del Colegio
de **Magistrados y Funcionarios**
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

STAFF

**Revista del Colegio de Magistrados
y Funcionarios del Poder Judicial
de la Provincia de Santa Fe**

AÑO 11 / N° 10
DICIEMBRE 2021

Editor Responsable

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Coordinación General

Dra. Marcela De Luca

Comité Editorial

Dra. Marcela De Luca
Dr. Roberto Dellamónica

Comisión Editorial

Dr. Roberto Dellamónica
Dr. Audilio Fabiano
Dr. Juan Pablo Cifré
Dr. Ivan Kvasina
Dra. Viviana Cingolani
Dra. Marcela De Luca

Realización fotográfica

Dra. Viviana Cingolani

Correctora

Dra. María Laura Martínez

Dirección Editorial y Diseño Gráfico

Arq. Mg. Claudia Rivarola
Dg. Leandro Gómez

Impresión

Borsellino Impresos

Redacción y Administración

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe
Balcarce 1551- 2000 Rosario | Pcia. de Santa Fe.

**Queda hecho el depósito que previene
la ley 11.723.**

**Registro Nacional de la Propiedad Intelectual
ISSN 2545-6563**

*Prohibida su reproducción parcial o total
sin la autorización escrita extendida
por el Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.*

*Las opiniones de las notas son exclusiva
responsabilidad de los autores y no representan
necesariamente el pensamiento de la Dirección
de la Revista.*

*El nombre «Revista del Colegio de Magistrados
y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia
de Santa Fe» y su logotipo, son marca registrada.*

CONSEJO DIRECTIVO 2021

Presidente

Dr. Gustavo A. Salvador

Vicepresidente

Dr. Roberto Dellamónica

Secretario

Dr. Iván D. Kvasina

Prosecretaria

Dra. María José Haquin

Tesorera

Dra. Patricia Liliana Otegui

Protesorera

Dra. Viviana Marin

Vocales Titulares

Dra. Marcela De Luca

Dr. Marcelo J. Molina

Dra. Lorena Gonzalez

Dr. Mariano Rios

Dr. Juan Ignacio Bazet

Dr. Roberto Priou Mántaras

Dr. Audilio Gustavo Fabiano

Dra. Ana Laura Gioria

Dra. Celia G. Bornia

Consejo Regional Sur

Dr. Sergio Fenice

Consejo Regional Norte

Dr. Juan Manuel Rodrigo

Consejo Regional Oeste

Dra. Cristina Fortunato

Vocales Suplentes

Dr. Nelson N. Fogliato

Dr. Gonzalo Lopez Quintana

Dra. Bárbara Serrat

Dr. Pablo Mariano Lazzeri

Dra. Julia Elim Collado

Dr. Jorge Leandro Miro

Miembros Titulares del Órgano de Fiscalización

Dra. María C. Rosso

Dr. Fabio Mudry

Miembros Suplentes del Órgano de Fiscalización

Dra. María E. Iribarren

Dra. Rosana Carrara

SUMARIO

8

EDITORIAL

Dr. Gustavo Salvador

Presidente del Colegio de Magistrados
de la Provincia de Santa Fe

Dr. Roberto Dellamónica

Vice presidente del Colegio de Magistrados
de la Provincia de Santa Fe

13

DOSSIER

PROSPECTIVA DE LOS
SISTEMAS JUDICIALES.
HACIA UNA JUSTICIA
DEL FUTURO

14

Dr. Juan Pablo Cifré

Coordinación

21

1 | EL IMPACTO DE LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS EN LOS SISTEMAS
JUDICIALES

22

1.1 | INTELIGENCIA
ARTIFICIAL Y DERECHO

24

Dr. Jorge A. Barraguirre (h)

Inteligencia Artificial aplicada al Derecho

¿La Nueva Era de las Máquinas?

La experiencia del

Ministerio Público Ley 10.160

38

Dr. Juan José Bentolila
Cosas que debería enseñarle
a la máquina para que
pudiera reemplazarme

50

Dr. Marcelo Darío Gauna
Dr. Julián A. Palumbo
Dra. María Florencia Baudino
Prometea, la inteligencia artificial
al servicio de la Justicia.
Experiencia en la provincia de Chaco

62

Dr. Ezequiel Zabale
Dr. Luciano A. Ballarini
Inteligencia artificial,
sí o no: un falso dilema

72

Dr. José Ignacio Lizasoain
La Inteligencia Artificial como
herramienta de apoyo a la labor judicial

84

Dra. Viviana Edit del
Corazón de Jesús Marín
Dr. Felipe del Corazón de Jesús Marín
¿Sirve la Inteligencia Artificial (IA)
en el servicio de justicia?
¿Reemplaza la actividad de los jueces?

88

Dra. Lucila Ramunno
El impacto de la inteligencia artificial
en la tutela judicial efectiva

SUMARIO

102

1.2 | INNOVACIÓN
TECNOLÓGICA
EN LA GESTIÓN JUDICIAL

104

Dra. Jessica Cinalli
Dra. Sabrina Campbell
La gestión como camino hacia
la tutela judicial efectiva

114

Dr. Iván Di Chiazza
Innovación y Gestión del Juzgado

126

1.3 | NEUROCIENCIAS
Y DERECHO

128

Dr. Rubén Alberto Chaia
Testimonio y Neurociencias.
Breves reflexiones sobre la necesidad
de formatear nuestra concepción
sobre la memoria

157

2 | PERSPECTIVAS DE LAS NUEVAS
RAMAS DEL DERECHO: DERECHO
DE LA SALUD - BIOÉTICA

158

Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani

El Derecho y sus efectos en la salud
(Salud jurídica)

170

Dra. Marisa Aizenberg

Dr. Andrés Brandolini

Los nuevos dilemas de la Bioética

190

Dra. María Carolina Caputto

La Bioética como saber disciplinar
auxiliar del servicio de justicia

204

Dra. María Romina Kilgelmann

Implicancias del principio de la
autonomía personal en la relación
médico - paciente.

216

Dra. Mónica Klebcar

Dra. Verónica Gottlieb

Juicio de amparo por cobertura
de medicamentos o tratamientos
de alto costo: algunas reglas
de intervención judicial

226

FAM

XXVI JORNADAS
CIENTÍFICAS DE LA
MAGISTRATURA
ARGENTINA (RECUERDOS
DEL FUTURO)

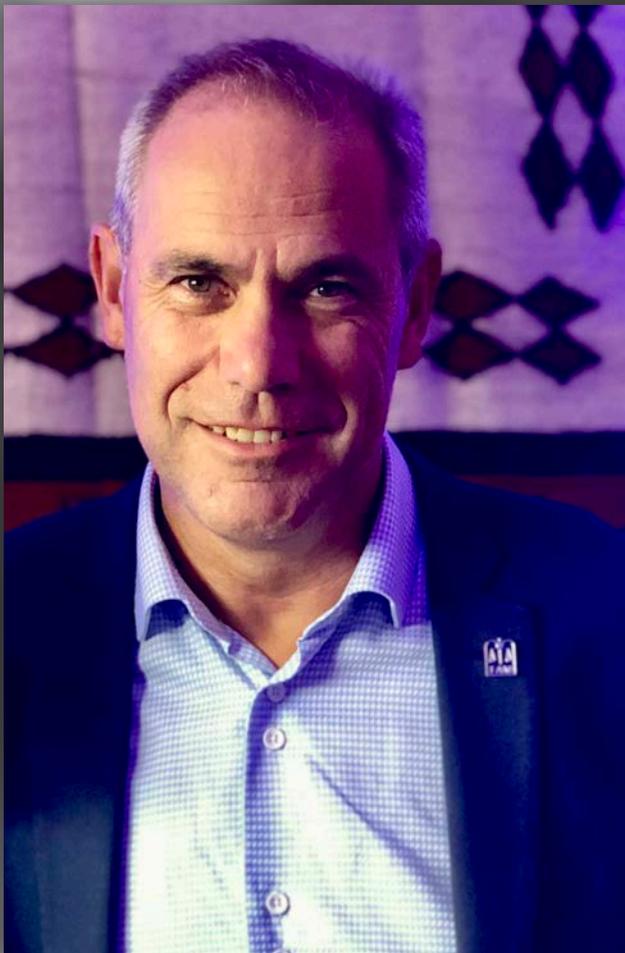
Transitar las nuevas bases del servicio de justicia

Con mucho orgullo llevo adelante la responsabilidad de conducir el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, lo que representa un fuerte compromiso y responsabilidad de índole personal.

Esta décima edición de la Revista retoma los postulados que las autoridades del Colegio decidieron en el año 2010 pero con una nueva visión instaurada por las innovaciones del año 2020. De todas formas visualiza el trabajo permanente año por año en la concreción de la edición de la Revista MYF

No obstante, este es un 2021 que será recordado como aquel año que se presentó con desafíos y tareas, compromisos y deberes; pero en el que demostramos que sigue vigente nuestro pilar basal de asociacionismo judicial -estatuido en nuestra carta fundacional-.

En tiempos de emergencia económica, financiera y sanitaria (provocadas por el COVID-19) como así también nuevos desafíos al ejercicio de la autoridad judicial e institucional, desde el Consejo Directivo del Colegio de Magistrados y Funcionarios asumimos con mucha satisfacción la concreción de un nuevo número de la revista.



Editorial

Dr. Gustavo Salvador

Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

El Sistema Judicial en esta nueva edición

Este proyecto refleja la continuación de un esfuerzo compartido desde hace más de diez años por colegas de distintos fueros y lugares de la Provincia. En este caso, consideramos una buena oportunidad para reflexionar acerca de la inteligencia artificial y las neurociencias en el mundo jurídico, la gestión judicial desde la óptica de la innovación tecnológica y las nuevas ramas del Derecho.

El ejercicio de la actividad de la Magistratura está vinculado con los procesos de pensamiento que realizamos como im-
partidores de justicia para resolver los conflictos sometidos a nuestra consideración, en los que convergen la ley, los hechos, las pruebas, criterios jurisprudenciales, etc.

Empíricamente se evidenció que el uso de la tecnología en el ámbito judicial tiene un enorme desarrollo en la actualidad. Las actividades informatizadas son numerosas y variadas: desde la planificación de agenda, hasta la redacción automatizada de textos jurídicos, pasando por la gestión de las causas, incluso su utilización como apoyo en la toma de decisiones relacionadas a las sentencias.

Es por ello, que teniendo en cuenta los rápidos avances en este campo, los desafíos y las oportunidades relacionados con el aprovechamiento de la inteligencia artificial en los sistemas de administración y gestión de justicia, deben formar

parte de las discusiones entre los actores del ecosistema judicial, lo que incluye el manejo de casos que involucran el uso de la inteligencia artificial con impacto en los derechos humanos y las nuevas ramas del Derecho.

En síntesis

En esta editorial resta agradecer no sólo a todo el grupo de colaboradores que año a año hacen posible que esta Revista del Colegio se pueda elaborar, sino también a cada colega que forma parte de esta Asociación que se afianza con el correr del tiempo.

Si bien seguimos atravesando circunstancias extraordinarias a nivel sanitario, resulta meritorio el trabajo realizado respecto de recabar nuevamente los artículos de tan distinguidos profesionales que volcaron sus ideas en los diferentes temas que se proponen, todo esto conjuntamente con nuestra obligaciones diarias.

Para finalizar, aprovecho este humilde espacio para agradecer muy especialmente al equipo de trabajo que hace posible este proyecto año a año. Somos todos colegas que formamos parte de este Colegio, honrando precisamente el significado que tiene el representar institucionalmente al conjunto de asociadas y asociados que somos los operadores del servicio de justicia de nuestra Provincia. ■

Editorial

Dr. Roberto Dellamónica

Vicepresidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

El Poder Judicial de cara al futuro

myf

10

Una nueva edición de la Revista de nuestro Colegio de Magistrados y Funcionarios nos convoca. En esta ocasión, avizorando el futuro del Poder Judicial.

Un Poder Judicial Santafesino que rápidamente pudo sortear los escollos que presentaba la pandemia del Covid-19, gracias al esfuerzo de quienes integran los distintos órganos y dependencias jurisdiccionales de nuestra Provincia.

Los desafíos actuales y futuros pasan por la adecuación de las estructuras del Poder Judicial a la constante evolución de la tecnología aplicada a la administración de justicia.

Esto no implica una deshumanización de la Justicia. Por el contrario, las nuevas herramientas servirán para que las mujeres y hombres de este poder del Estado puedan concentrar sus esfuerzos en la resolución de los conflictos que aquejan a la ciudadanía, apostando por la eficiencia en la prestación del servicio.

Para ello, deberemos posar nuestra mirada en la compleja situación social que se encuentran transitando los destinatarios del servicio de justicia, siendo necesario adecuar nuestros actos y decisiones a la realidad social que nos toca vivir, y a los nuevos tiempos.

Porque en definitiva, estamos convencidos de que nuestra misión final es trabajar por la paz social de los ciudadanos y ciudadanas de nuestra Provincia.

Un afectuoso saludo todos los asociados y asociadas de este Colegio.

¡¡¡Feliz 2022!!! ■



DOSSIER

**PROSPECTIVA DE LOS
SISTEMAS JUDICIALES.
HACIA UNA JUSTICIA
DEL FUTURO**

myf

13

COORDINACIÓN: DR. JUAN PABLO CIFRÉ



Dr. Juan Pablo **Cifré**

Hace ya diez años, con motivo del lanzamiento de esta segunda etapa de la Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, se puso de manifiesto la intención de que la publicación incluyese una sección dedicada a reflejar el estudio y análisis de temas focalizados que sobresaliesen "por su actualidad, interés o complejidad"¹. Esta intención, que se concretó en aquella primera edición, fue sostenida en las siguientes, pudiéndose hoy, al editarse el número 10 de la Revista (y su onceava publicación periódica), reconocerse no sólo la vigencia de aquella finalidad, sino el cumplimiento de dichas metas.

Estimo que resulta de utilidad construir el (concepto de) "Derecho" entendiendo que éste no es sino parte de la (cada vez más) compleja construcción cultural mediante la cual se estructura la convivencia social. No es entonces extraño encontrar que las distintas problemáticas sociales influyen en el Derecho y que éste, a su vez, es susceptible de influir en aquéllas, tal vez de

forma dialéctica. Volviendo entonces sobre los ya más de diez años de publicación de la Revista, es posible advertir cómo los distintos temas que fueron puestos "en foco" han respondido a distintas inquietudes sociales, en ocasiones, de orden local y, en otras, de orden nacional, regional o internacional; por momentos vinculados a problemáticas más sectoriales -o endógenas- y, en otros, a cuestiones de más amplia trascendencia social.

Así, mientras todavía se discernía la puesta en marcha del "Nuevos Sistema de Enjuiciamiento Penal"² en nuestra Provincia, el tema fue el eje del dossier del año 2011. Al hilo de la consolidación en nuestro país (y nuestra Región) de una re-configuración del rol de los derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se atendía a la "Dimensión Constitucional del Poder Judicial Santafesino"³. De forma concomitante con el impulso dado a la elaboración del Código Civil y Comercial de la Nación, cobró centralidad la "Reforma del Derecho Privado"⁴; y, luego, se extendió el

eje de este estudio de -en cierta medida- la "constitucionalización" de las ramas, al "Derecho del Trabajo"⁵ y, también, a "Los Derechos de la infancia y la Adolescencia"⁶. El funcionamiento del nuevo sistema de enjuiciamiento penal -entre otros factores-, fue una oportunidad para tomar contacto -o ver desde otra perspectiva- y ampliar el estudio de la "Gestión Judicial"⁷. La modificación al sistema de funcionamiento del Consejo de la Magistratura de nuestra provincia, motivó el análisis relativo a la "Selección y formación de jueces"⁸. Posteriormente se volvió, ahora desde la perspectiva de la concreción judicial, a los "Derechos Humanos en Acción"⁹. Cuestiones estructurales y coyunturales -siempre presentes- fueron atendidas al tratarse los "Contornos Actuales de la Independencia Judicial"¹⁰. La pandemia atravesó todos los aspectos de la vida y, en lo que nos ocupa, fue objeto de análisis en la "Edición Especial 2020"¹¹.

En esta edición nos convoca la reflexión sobre los desafíos que "el mañana" conlleva para la "administración de justicia"

en particular y, por qué no, para el Derecho en general. Estimo que distintas situaciones justifican la reflexión sobre la temática en cuestión.

No desconocemos que resulta complejo hacer “prospectiva” respecto del desenvolvimiento del “Derecho” o de los “sistemas judiciales” que el mismo estructura¹², así como también que muchas veces las “teorías predictivas” terminan fracasando. Hay que tener conciencia que el Derecho sólo es en parte conducción y que, a la ya de por sí difícil tarea de acordar o imponer criterios, se le suma el hecho de que aquél -como los distintos despliegues de la vida- se encuentra sujeto a los imprevisibles y, en ocasiones, inevitables, efectos de la naturaleza¹³, de las influencias humanas difusas¹⁴ y, por que no, del azar¹⁵.

Ahora bien, estimamos que siempre que mantengamos para el Derecho alguna “pretensión de corrección”¹⁶ y compartamos que los “sistemas judiciales” deben coadyuvar a la concreción de aquélla¹⁷, las referidas dificultades -y las comple-

jidades que acarrearán-, si bien deben ser reconocidas como límites a lo que “podemos” hacer, no justifican abandonar las aspiraciones de hacer “prospectiva”. Por el contrario, las limitaciones indicadas evidencian la necesidad de contar con una estrategia diseñada de forma precisa en orden a lograr dichas metas y afrontar aquellos límites. A tal fin, justamente, corresponde profundizar los estudios que permitan llevar a cabo las conjeturas más precisas que sean posibles.

Si bien en todo momento la “estrategia” se “pro-yecta” al futuro, decíamos que el momento actual aparece oportuno para pensar, para poner especialmente “en foco”, el “mañana” de -en lo que en concreto nos ocupa- los sistemas judiciales. Lo que parece ser la “salida” de la pandemia nos permite ir abandonando el “presente continuo” que la emergencia le impuso a nuestras vidas en el último tiempo y, entonces, retomar el enfoque del “futuro”, volver sobre lo que quedó “suspendido”, restablecer la planificación y la conjetura respecto de lo que habrá de venir.

En este orden de ideas, resultaría imposible no reparar en el impacto de las nuevas tecnologías, a las cuales dedicamos la primer sección del Dossier.

Y es que la de por sí exponencial “aceleración” que el desarrollo tecnológico viene evidenciando, tal vez se hizo más evidente a partir de la crisis en cuyo marco las nuevas tecnologías permitieron que se mantenga, en alguna medida, un nivel aceptable de funcionamiento del sistema judicial. Pensamos que hoy no sólo es un momento oportuno de capitalizar la (tal vez en algún punto “forzada”) experiencia y atreverse a dar otros pasos que, en muchos casos, ya se venían dando.

De esta manera emerge como un desafío ineludible atender al impacto que la Inteligencia Artificial ya viene teniendo en nuestras vidas y cómo se relaciona -y se relacionará- con el Derecho y con los Sistemas Judiciales¹⁸, sin dejar de ajustar nuestras expectativas al respecto¹⁹ y tomando en cuenta que toda innovación presentará problemas y resistencias²⁰.

A la par, el pensar la incorporación de nuevas tecnologías también nos hace volver a reflexionar sobre la gestión judicial en general, tanto respecto de la estructura de las organizaciones, como respecto de la eficiencia, calidad del servicio servicio prestado²¹.

Por último en esta sección nos acercamos, desde una perspectiva estrictamente jurídica, a los trascendentes avances en materia de las denominadas “neurociencias”. Tal vez la matriz positivista o, incluso, legalista, que campeó durante gran parte del siglo pasado (y también el anterior) sesgó la formación jurídica, cercenando o estrechando la materia de la disciplina. Lo cierto es que mediante el Derecho pretendemos regular el comportamiento humano y, al efecto, construimos conceptos normativos como “discernimiento”, “intención”, “voluntad”; tomamos “decisiones” que implican “valorar”; nos “convencemos”, “pre-asumimos”; recurrimos a la “experiencia”, a lo que consideramos “normal”; elaboramos “causalidades”, etc. Sin embargo, prácticamente

nos hemos desentendido de ocuparnos (directamente en lo que resultaría posible o, indirectamente, a través de la interdisciplina) de los mecanismos que subyacen a la alegada “racionalidad” humana en la cual reposan estas construcciones, apoyando nuestras respuestas, en definitiva y en general, en construcciones dogmáticas que, al menos en algunos casos, podrían (¿deberían?), ser superadas (si no en su resultado, al menos en su fundamentación). Son muchos los estudios que se vienen llevando a cabo en este sentido y en este caso tenemos un lúcido tratamiento²² de una cuestión que sirve para asomarnos a un debate que probablemente integre el futuro (no muy lejano) del Derecho y de los “sistemas judiciales”.

Entendemos que el futuro del Derecho y, con éste, el de los “sistemas judiciales”, además de resultar fuertemente impactado por las nuevas tecnologías, tendrá que asumir -por lo demás, como a lo largo de la historia lo ha hecho- los desafíos que implica dar respuestas a nuevos problemas, que requieren nuevas soluciones y que

generarán nuevos criterios de solución al efecto²³. Como siempre aconteció, estos nuevos requerimientos en algunos supuestos llegan a tener cierto grado de especificidad que justifica la conformación de una rama con relativo grado de autonomía. Así como sucedió con el Derecho Comercial, el Derecho de la Navegación, el Derecho Laboral, el Derecho del Consumidor, etc., hoy asistimos a la configuración -con distintos grados de desarrollo- de una serie de nuevas ramas del Derecho que probablemente vayan a exigir nuevas respuestas por parte de los “sistemas judiciales”. Vale la pena mencionar, a sólo título de ejemplo, el Derecho de la Alta Tecnología, el Derecho del Arte, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de la Educación, el Derecho Animal, la Estrategia jurídica, la Gestión Jurídica, el Derecho Medioambiental, el Derecho de la Salud, entre otras.

De toda esta congerie de problemáticas, al día de hoy ya se han ido consolidando respuestas que se abrieron lugar como ramas autónomas, otras tienen desarrollos más incipientes y, por qué no, otras en un

futuro podrán terminar siendo absorbidas y no logren un desarrollo autónomo. De cualquier modo, los problemas considerados por estas ramas que ya vienen siendo atendidos, con distinto tipo de respuestas, por los “sistemas judiciales”, seguirán integrando -o estimamos que pronto integrarán- la agenda de los tiempos por venir.

En particular en esta ocasión -y tal vez también reconociendo aquí el influjo de la pandemia-, ponemos el “foco” en el Derecho de la Salud, partiendo de una precisa (e innovadora) distinción entre éste y la denominada “Salud Jurídica”²⁴ que lleva a reflexionar con profundidad sobre los efectos (y la relación) que el propio Derecho tiene sobre la “salud”. Luego también en esta sección se efectúan consideraciones sobre los que se perfilan como nuevos desafíos de la Bioética, algunos de los cuales vienen atados a nuevos adelantos tecnológicos²⁵ y que, en general y más allá de esto, evidencian tensiones con algunos aspectos de la autonomía²⁶. También creemos que cabe ocuparse de los distintos aspectos e implicancias que la judicialización de esta temá-

tica acarrea y que, entre otras cosas, viene a requerir capacitación e interdisciplina²⁷. Finalmente, se presenta un relevamiento de algunos criterios judiciales usuales en nuestro medio²⁸.

A partir de los valiosos aportes de los distintos colaboradores de esta edición, pensamos que, como aconteció con los números anteriores, se continúa cumpliendo con las metas originalmente trazadas al diseñarse la Revista.

Especialmente distinguimos y agradecemos la colaboración del Dr. Audilio G. Fabiano quien tuvo a su cargo la co-dirección y coordinación por la Zona Norte del Colegio.■

CITAS

¹ ARIZA, ARIEL, *Propósitos Compartidos*, en RCMyF, Año 01, Nro. 1, pág. 15.

² 2011, Año 1 Nro. 1.

³ 2012, Año 2, Nro. 2.

⁴ 2013, Año 3, Nro. 3.

⁵ 2014, Año 4, Nro. 4.

⁶ 2015, Año 5, Nro. 5.

⁷ 2016, Año 6, Nro. 6.

⁸ 2017, Año 7, Nro. 7.

⁹ 2018, Año 8, Nro. 8.

¹⁰ 2019, Año 9, Nro. 9.

¹¹ 2020, Edición Especial: Justicia y Pandemia.

¹² Sistemas que -vale la pena aclarar- no se limitan a ser uno de los posibles mecanismos de solución de controversias (o de “aplicación”), sino que, a su vez -y en mayor o menor medida-, hacen -en menos en parte- a la autopoiesis del mismo Derecho.

¹³ Basta como ejemplo el impacto del virus que aún nos afecta, las catástrofes de este

tipo y, por qué no, la naturaleza que moldea (o a la cual moldeamos) diversos aspectos de nuestras vidas.

¹⁴ Hoy con especial atención el cambio climático; por qué no -sobre todo en nuestro país- fenómenos de tipo económico como ser la inflación; los conflictos derivados de “choques culturales”, entre tantas otras problemáticas.

¹⁵ Incluso, si se prefiere descartar este último y adoptar una posición determinista, todavía cabría indicar que, al menos hasta ahora, los “despliegues causales” naturales se nos presentan inabarcables.

¹⁶ Ya sea sustentada en aspiraciones mínimas de protección de la vida o de la vida humana o, aún para las posiciones más reduccionistas, limitada a mantener el orden y brindar previsibilidad.

¹⁷ Aún en el caso sostenerse que estos deben limitarse a “solucionar controversias” a fin de mantener la “paz social”.

¹⁸ V. BARRAGUIRRE, JORGE, *Inteligencia artificial aplicada al Derecho: ¿La nueva era de*

las Máquinas?. La experiencia del Ministerio Público Ley 10.160. PALUMBO, JULIÁN A. et. al., *Prometea, la inteligencia artificial al servicio de la Justicia*. Experiencia en la provincia de Chaco.

¹⁹ BENTOLILA, JUAN JOSÉ, *Cosas que debería enseñarle a la máquina para que pudiera reemplazarme*. DEL CORAZÓN DE JESÚS MARÍN, VIVIANA EDIT Y DEL CORAZÓN DE JESÚS MARÍN, FELIPE, *¿Sirve la Inteligencia Artificial (IA) en el servicio de justicia? ¿Reemplaza la actividad de los jueces?*

²⁰ ZABALE, EZEQUIEL Y BALLARINI, LUCIANO, *Inteligencia artificial sí o no: un falso dilema*. LIZASOAIN, JOSÉ IGNACIO, *La Inteligencia Artificial como herramienta de apoyo a la labor judicial*.

²¹ DI CHIAZZA, IVÁN, *Innovación y Gestión del Juzgado*. CINALLI, JÉSICA Y CAMPBELL, SABRINA, *La gestión como camino hacia la tutela judicial efectiva*.

²² CHAIA, RUBÉN ALBERTO, *Testimonio y Neurociencias. Breves reflexiones sobre la*

necesidad de formatear nuestra concepción sobre la memoria.

²³ Incluimos el caso en que esto ocurra en el orden inverso y que sean “nuevos criterios” los que generen “nuevos problemas” que requieran “nuevas soluciones”.

²⁴ En una participación que nos honra como la del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, “El Derecho y sus efectos en la salud (salud jurídica)”.

²⁵ AIZENBERG, MARISA, *Los nuevos dilemas de la Bioética*.

²⁶ KILGEMANN, MARÍA ROMINA, *Implicancias del principio de la autonomía personal en la relación médico-paciente*.

²⁷ CAPUTO, CAROLINA, *La Bioética como saber disciplinar auxiliar del servicio de justicia*.

²⁸ KLEBCAR, MÓNICA Y GOTLIEB, VERÓNICA, *Juicio de amparo por cobertura de medicamentos o tratamientos de alto costo: algunas reglas de intervención judicial*.

1 | EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS SISTEMAS JUDICIALES

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO

387 452 1 65
333 2504 232
786 6 854 7264
403433736 5337636333
43545343634364346

526422165 231211 6613
23131303747 3287373 090
7 43578843453535 8 54 263237272732176262
432433873 7893 58 32467732342424 7 43
432488472120 54 80033731333 478
112263732144 54 87 437221033 3370

nyfyf
222

637533276 342322 724
34242 34858 44 101
48

8214936363376732628
78023378706060 3 07
17908326 2348 03
187963723183 034
158336287644 04 32

4854594949954398484
5468785456466 3 48
543564764 8704 69
543549589749 690
274974843255 65 78

1.1 | Inteligencia Artificial Y Derecho

Inteligencia Artificial aplicada al Derecho: ¿La Nueva Era de las Máquinas? La experiencia del Ministerio Público Ley 10.160

Dr. Jorge A. **Barraguirre** (h)

*Procurador General de la
Corte Suprema de Justicia de Santa Fe*



myf

25

Introducción

1. Los programas de IA tienen rango variado¹. Algunos autores los suelen dividir en tres categorías: procesos de automatización (*automating business process*); procesos de análisis de datos (*data analysis*); y procesos de compromiso con consumidores y empleados (*engagement with customers and employees*). En términos cognitivos ellos pueden ser clasificados en procesos robóticos y cognitivos de automatización (*robotics & cognitive automation*), de percepción cognitiva (*cognitive insight*) y de compromiso cognitivo (*cognitive engagement*)². Su uso y éxito dependen mucho acerca de cómo comenzamos a construir las capacidades cognitivas de la organización.

2. En las entrevistas que expertos como Davenport & Ronanki mantuvieron con 250 ejecutivos encontraron que a la cabeza de los beneficios esperados de la IA está el mejoramiento de los rasgos, funciones y rendimiento de los productos que ofrece una compañía. Luego le siguen la optimización de las operacio-

nes internas; la liberación de los empleados hacia áreas y tareas más creativas; la mejora en la toma de decisiones; y la creación de nuevos productos³.

3. Los procesos en base a tecnología cognitiva están siendo incrementalmente usados para resolver problemas funcionales claves de las organizaciones que buscan incorporarla; pero muchos de los más ambiciosos proyectos de IA encuentran reveses o fracasos⁴. Entre los desafíos detectados por Davenport & Ronanki en su encuesta ejecutiva se computan la dificultad para integrar proyectos cognitivos con procesos y sistemas existentes; costos de tecnologías y expertos muy caros; y falta de entendimientos de los administradores de las tecnologías cognitivas. Para evitar los obstáculos y fracasos Davenport & Ronanki brindan una serie de recomendaciones⁵ tales como: **entender las tecnologías**⁶; **crear un portafolios de proyectos**⁷; **lanzar prototipos o pilotos**⁸; y **escalarlos conforme un plan**⁹.

4. Siguiendo esas sugerencias, en el marco del entonces programa de Justicia Abierta del Ministerio de Justicia

y Derechos Humanos de la Nación — cuyo objetivo declarado era innovar en políticas de transparencia, participación ciudadana y gobierno abierto—, la Procuración General identificó algunas funciones que desempeñan sus Defensorías Civiles Generales y Zonales (DCGyZ), la Oficina de Asistencia a las Víctimas de Violencia de Género y Doméstica (OAVVGyD) y la Fiscalía para la protección de Intereses Generales¹⁰ (FIG) y que podían ser sensibles a programas de IA. La idea general fue entender, desde el principio y siguiendo las recomendaciones citadas, qué tipo de tecnología era apta para mejorar qué función (*entender las tecnologías*), contar con una serie de proyectos adicionales (*crear un portafolios*), experimentarlos adecuadamente (*lanzar un prototipo*) y luego verificar si podían ser implementados y cómo (*escalarlo*).

Visiones Iniciales: ¿maten a los abogados?¹¹

5. Resumiendo, podría decirse que el propósito final era determinar cuáles

son los procesos de trabajo específicos para los que se pueden elaborar algoritmos que puedan tomar decisiones estandarizables optimizando, por ejemplo, la generación de dictámenes y otros documentos usuales reduciendo los tiempos de respuesta y liberando la energía creativa de nuestra burocracia. De hecho, los abogados realistas consideraron que el Derecho consiste básicamente en predicciones acerca de lo que los juzgados harán¹². Si bien no son los modelos de ciencia jurídica más complejos¹³, un programa de inteligencia artificial podría auxiliar tales funciones de diverso modo: por ejemplo, automatizando procesos rutinarios. Tal automatización si bien estaría al cuidado de quienes titularizan las funciones, les permitiría, además, liberar sus esfuerzos y compromisos para tareas altamente creativas y no estandarizables: de hecho, los “algoritmos” también necesitan administradores¹⁴. Y, por supuesto, el mantenimiento de las libertades.

6. En este sentido, el sistema de IA PROMETEA¹⁵ nos pareció que cumplía

adecuadamente las características propias de los procesos de automatización robótica¹⁶. Como lo describe Julián Palumbo, luego del análisis de los documentos (actuaciones) que prepara el Ministerio Público de la Procuración General (OAVVGyD y FIG), se determinaron 36 documentos distintos que abarcarían un buen número de las funciones a cargo cumpliendo de un modo relevante con el principio de Pareto¹⁷. El sistema trabaja con árboles de decisiones: esencialmente, [U]n árbol de decisión es un mapa de los posibles resultados de una serie de decisiones relacionadas. Permite que un individuo o una organización comparen posibles acciones entre sí según sus costos, probabilidades y beneficios. Se pueden usar para dirigir un intercambio de ideas informal o trazar un algoritmo que anticipe matemáticamente la mejor opción. Un árbol de decisión, por lo general, comienza con un único nodo y luego se ramifica en resultados posibles. Cada uno de esos resultados crea nodos adicionales, que se ramifican en otras posibilidades. Esto le da una forma similar a la de un árbol. Hay

tres tipos diferentes de nodos: nodos de probabilidad, nodos de decisión y nodos terminales. Un nodo de probabilidad, representado con un círculo, muestra las probabilidades de ciertos resultados. Un nodo de decisión, representado con un cuadrado, muestra una decisión que se tomará, y un nodo terminal muestra el resultado definitivo de una ruta de decisión¹⁸.

7. De acuerdo a Julián Palumbo, con el diseño de un árbol de decisión en el que se expresan las hipótesis fácticas asociadas a un determinado camino de acción, Prometea conduce al usuario de manera inteligente para que con preguntas simples obtenga el resultado deseado. Mediante su agente conversacional, establece un diálogo que de acuerdo a las respuestas suministradas (por ejemplo nombre y apellido, edad, domicilio, etc.) el programa detecta el documento indicado y lo elabora según las circunstancias del caso. Los beneficios, son la velocidad en la elaboración de los documentos y la reducción del error humano en la carga de datos.

8. Las actividades realizadas a fin de poder implementar dicho sistema en nuestro Ministerio Público fueron las siguientes:

1. Presentación del ex Fiscal General del Ministerio Público Fiscal de la Nación, Dr. Luis Cevasco, en relación a las prestaciones, habilidades y capacidades del sistema Prometea, ante actores de nuestro Poder Judicial (14.11.2019).

2. Nota cursada de la Procuración General a la entonces Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Dra. María Angélica Gastaldi, solicitando la implementación -progresiva y mediante las pruebas piloto del caso- del Sistema de Inteligencia Artificial predictivo Prometea (21.11.2019).

3. Presentación del Sistema de Inteligencia Artificial a los integrantes del Ministerio Público (2.09.2020)¹⁹.

4. Confirmación por parte de la Secretaría de Informática del Poder Judicial respecto de la compatibilidad de nuestros sistemas operativos con el

que requiriese Prometea, y de la factibilidad de instalación de Prometea en el sistema de nuestro Poder Judicial.

5. Implementación de mecanismos participativos para que los/as propios/as fiscales/as y defensores/as establezcan y definan los procesos de trabajo específicos para los cuales se utilizaría, sujeto a aprobación de la Presidencia del órgano.

6. Resolución N° 14/2020 (02.11.2020) del Sr. Procurador General, teniendo como horizonte la satisfacción de las necesidades jurídicas básicas de las poblaciones y grupos vulnerables que atiende el Ministerio Público, a fin de conformar una Comisión de Trabajo la que debería elevar su propuesta a la Procuración General y remitir informes periódicos en relación a los procesos identificados como aptos para el sistema de inteligencia artificial.

Los Caminos de la Vida

9. El Coordinador de la Comisión, Sr. Fiscal de Cámaras Dr. Guillermo Carlos

Corbella, recabó la información requerida a las fiscalías a fin de establecer cuáles eran los procesos que reunieran las características requeridas por el sistema²⁰ a fin de analizar sus situaciones y contextos de producción, establecer las áreas funcionales más aptas para el proceso y la diagramación de los árboles de decisión iniciales.

10. Se tomó contacto con el Área de Innovación e Inteligencia Artificial del Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A. enviándoles dos modelos de denuncias de la OAVVDyG (prohibición de acercamiento y exclusión del hogar) y se solicitaron referencias para poder elaborar los árboles de decisión (17.11.2020), lo que fue facilitado al día siguiente. Desde el Área de mención se facilitó la plataforma web²¹ con el usuario y contraseña. En esa oportunidad se intentó ingresar infructuosamente.

11. Posteriormente se facilitó otra plataforma²² por migración a un servidor propio del Ministerio Público Fiscal, por razones de seguridad y

exclusividad (01.12.2020), lo que fue reenviado a la OAVVDyG junto con el usuario y contraseña a fin de probar el funcionamiento. Se informó que

[...] el sistema es muy intuitivo permitiendo interactuar mediante voz con el chat, existiendo la posibilidad de que el sistema hable pudiendo escuchar todas las preguntas hasta obtener el documento. Asimismo en caso de cometer un error al ingresar un dato o seleccionar una opción se puede volver al paso anterior. Al contestar todas las preguntas el sistema genera archivos words y a partir de ese momento se pueden guardar, modificar, copiar, pegar, etc.

12. Luego se enviaron al Área dos árboles correspondientes a la Fiscalía extrapenal o civil (aseguramiento de pruebas y hábeas data), con los modelos de dictámenes que corresponden a cada parte de los procesos. Y se aclararon aspectos vinculadas a observaciones recibidas.

13. La Dirección de Innovación Tecnológica e Inteligencia Artificial hizo saber que

al 14.12.2020 contaban con **cinco temáticas** en total: respecto de las Fiscalías **-Violencia de Género, Aseguramiento de prueba y Hábeas Data**, y respecto de las Defensorías Civiles: **Patrocinio y Familia**. Se informó que estaba correcto lo relacionado a violencia de género, aseguramiento de prueba y patrocinio. En cuanto a hábeas data, se recibieron observaciones. Y dentro de la plataforma provisoria antes referida fueron subidos los dos modelos de denuncias de violencia doméstica y/o de género (perimetral y exclusión del hogar).

14. Se hizo la devolución a las observaciones señaladas, reenviando los archivos y modelos modificados y con las aclaraciones pertinentes. Para mejor ilustración se incluyen los siguientes gráficos que muestran como quedaron los árboles de decisión (a los que se anexó un tipo de documento específico)²³ en relación a los hábeas data y a los aseguramientos de pruebas: (**PÁG. 30, GRÁFICOS 1 Y 2**)

15. Con los modelos incorporados y corregidos, desde el Área de Innova-

ción e Inteligencia Artificial remitió el link²⁴, usuario y contraseña generados para acceder al sistema (22.03.2021), lo que fue reenviado a la Fiscalía extrapenal a fin de probar el funcionamiento. Se informó

[...] que se había podido ingresar sin inconvenientes, que el uso era muy sencillo y bastante similar al whatsapp (por el cuadro de diálogo) sin encontrar objeciones que plantear.

16. A su vez, desde la OAVVDyG en relación a la prueba hecha al sistema Prometea se informó que

[...] El principal inconveniente que [se] observ[a] es que en muchas oportunidades las medidas van acompañadas de otras peticiones, ello así atento que cada caso es particular y por lo tanto se hace necesario realizar otros requerimientos en el mismo escrito. El sistema sólo imprime la solicitud de la medida principal elegida.

17. En función de ello, la Oficina reconsideró los árboles de decisión

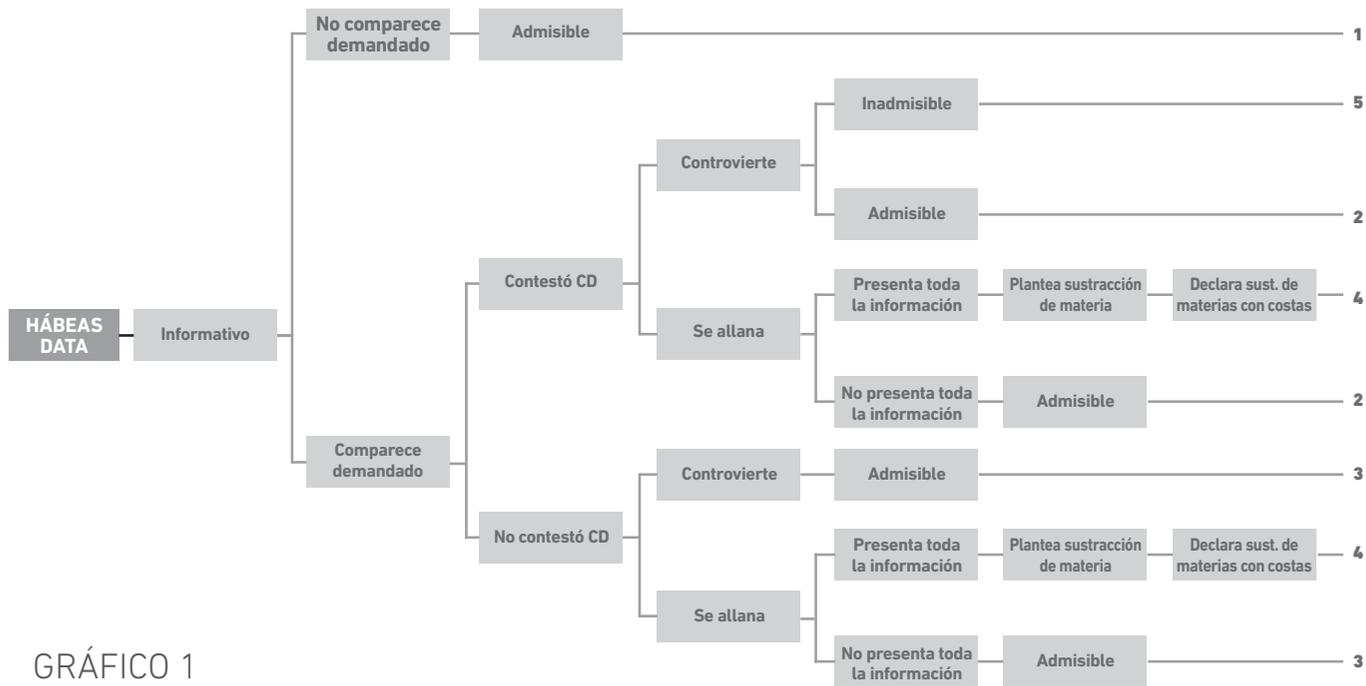


GRÁFICO 1

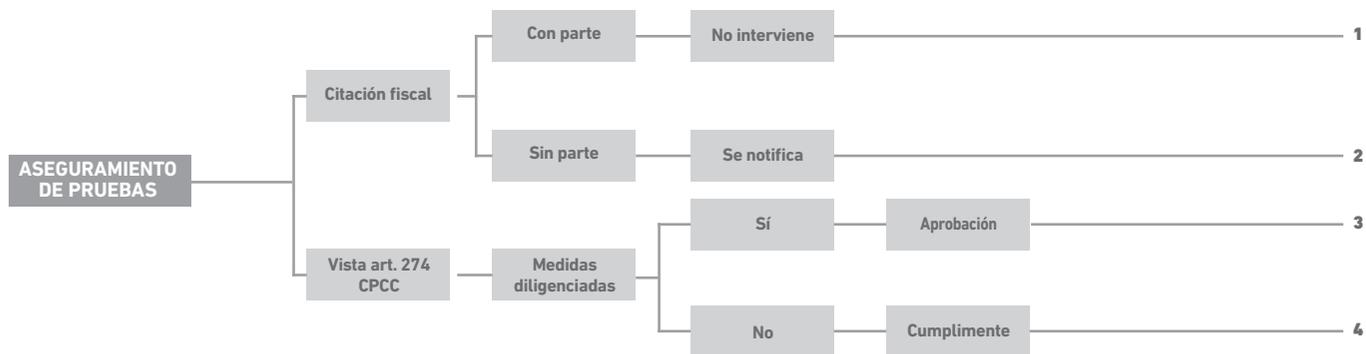


GRÁFICO 2

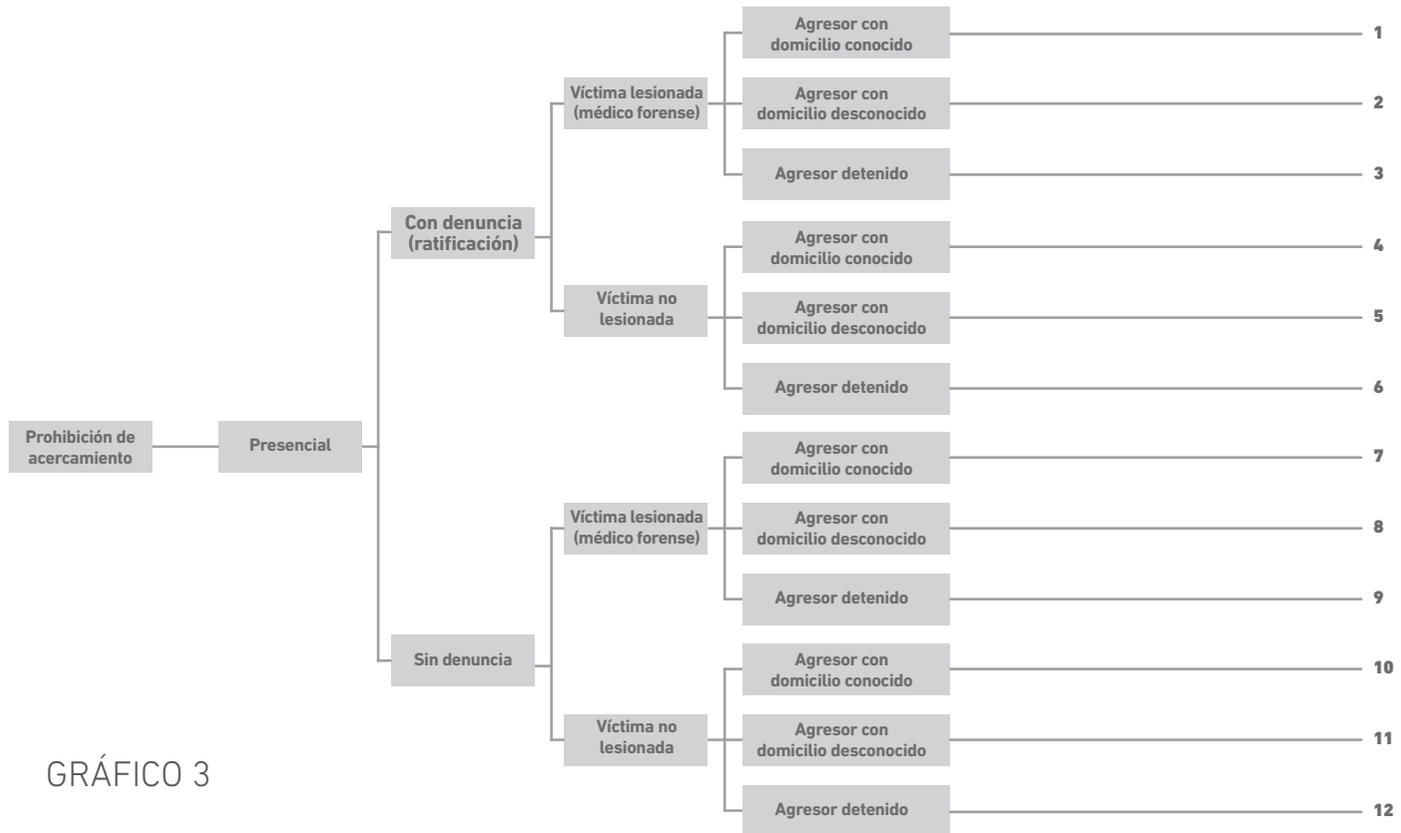


GRÁFICO 3

para especificar a mayor nivel de detalle el tipo de documento que se elabora considerando, precisamente, las particularidades señaladas. De esa nueva intervención surgió este nuevo árbol (en relación a las medidas de prohibición de acercamiento) que incluye 23 modelos: **(GRÁFICO 3 ARRIBA Y GRÁFICO 4 PÁG. 32)**

18. Sin perjuicio de ello, la Oficina está trabajando en la posibilidad de adjun-

tar archivos, la integración con el SIS-FE y, eventualmente, contar con una versión para dispositivos móviles.

La última milla²⁵

19. Restan avances. Para nosotros, la última milla está lejísima. De todos modos es bueno saber que hemos iniciado el camino. Ojalá podamos seguir en la senda²⁶. ■

CITAS

¹ Sobre la definición de IA aplicada al derecho y a las instituciones judiciales ver DANIEL PASTOR, *Inteligencia Artificial y Poder Judicial. Hacia otra idea de Justicia*; en JUAN G. CORVALÁN (DIRECTOR): *Tratado de inteligencia artificial y derecho* (Bs. As.: La ley, 2021), T. II, p. 63; JUAN G. CORVALÁN - LAURA DÍAZ - GERARDO SIMARI, *Inteligencia Artificial: bases conceptuales para comprender la revolución*

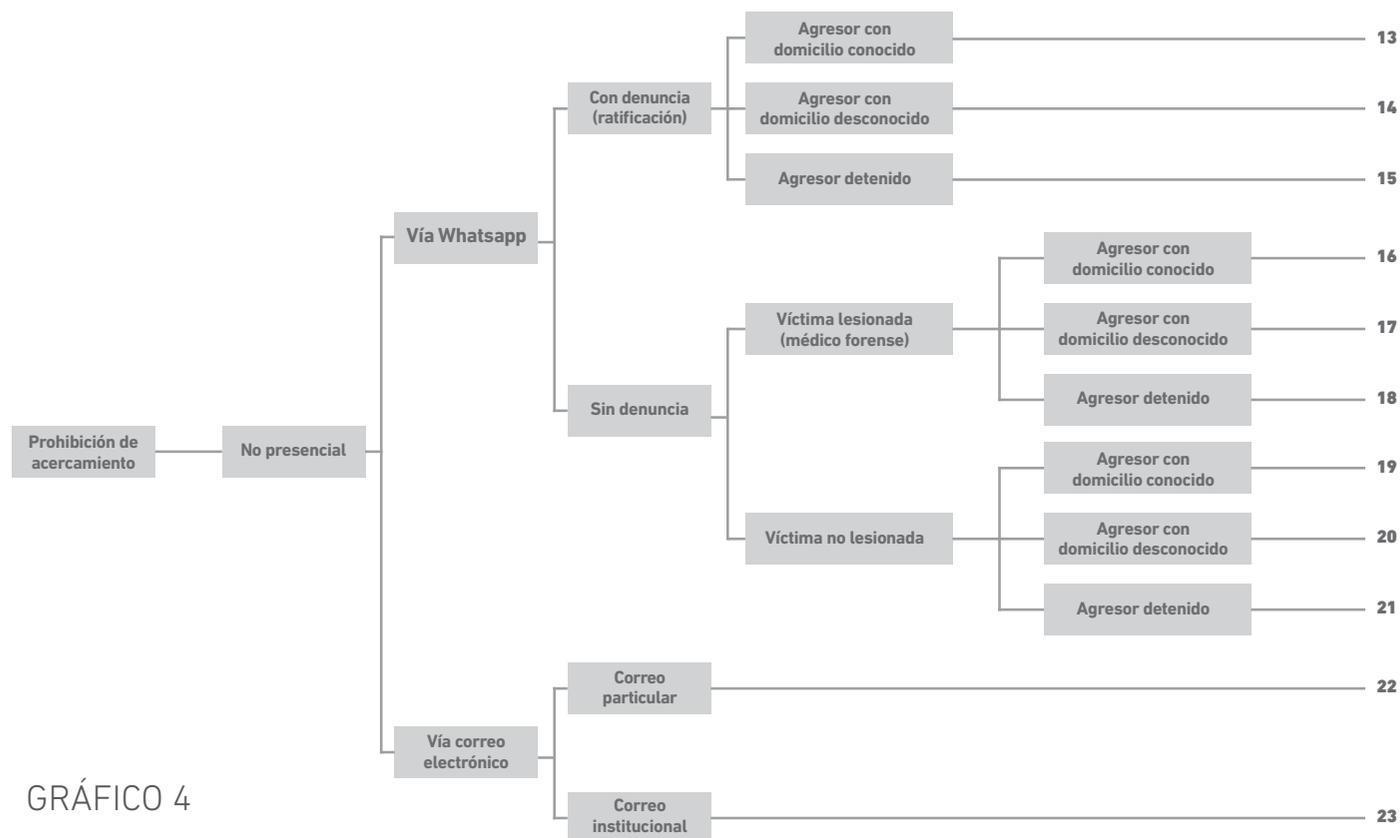


GRÁFICO 4

de las revoluciones, en la misma obra, T. I, apart. 3.2. y MARCOS LÓPEZ ONETO, *Fundamentos antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos y jurídicos para la constitución universal de un Derecho de la Inteligencia Artificial*, en la misma obra, T. I, apart. 2.2.1

² Tomo la clasificación de THOMAS H. DAVENPORT & RAJEEV RONANKI, *Artificial Intelligence for the Real World*, en Harvard Business Review, Ene-Feb, 2018.

³ En nuestro caso se seleccionaron las metas más adecuadas para las tres áreas del Ministerio Público Ley 10.160 y se consideró que la incorporación, por ejemplo, de *procesos de automatización robótica* (RPA en inglés) permitiría perfilar mejor nuestros servicios ya que liberarían funcionarios/as para tareas más creativas, se tomarían así mejores decisiones en casos no estandarizables y se entregarían nuevos servicios (o desplegarían funciones) en áreas de su competencia que tradicionalmente —por múltiples razones

atinentes— no habían llevado a cabo.

⁴ Así, por ejemplo, tal como lo mencionan Davenport & Ronanki con el proyecto del Centro Oncológico MD Anderson de la Universidad de Texas. Llegó a su fin en 2017 cuando alcanzó la suma de USD 62 millones sin haber podido diagnosticar y tratar ciertas formas de cáncer empleando el sistema cognitivo Watson de IBM. Sin embargo, también con tecnologías cognitivas cumplió metas menos ambiciosas como hacer recomenda-

ciones sobre hoteles y restaurantes a familiares de pacientes y determinar qué pacientes necesitaban ayuda para pagar sus facturas. Los sistemas construidos en esta otra forma aumentaron la satisfacción de los pacientes, mejoraron el resultado financiero del Centro y disminuyeron el tiempo invertido en operadores de carga de datos rutinarios.

⁵ Davenport & Ronanki evaluaron 152 proyectos de tecnologías cognitivas: 77 de automatización robótica; 57 de percepción cognitiva y 24 de compromiso cognitivo. En el texto se sintetizan sus conclusiones preliminares.

⁶ Por ejemplo, señalan que los sistemas expertos basados en reglas y los procesos de automatización robótica son transparentes en cuanto a cómo hacen su trabajo pero ninguna es capaz de aprender y mejorar.

⁷ Este paso es crucial en tanto la organización debe evaluar sistemáticamente sus necesidades y capacidades para luego desarrollar un paquete de proyectos priorizados. Davenport & Ronanki recomiendan evaluar conductas institucionales en tres áreas amplias: identificar las oportunidades; determinar los usos de los casos que pueden generar valor sustancial y contribuir al éxito de la gestión; y seleccio-

nar la tecnología más conveniente.

⁸ Dada la brecha, afirman, entre las capacidades corrientes y deseadas de la IA (la que no siempre es obvia). Recomiendan, por ejemplo, tomar especial cuidado para evitar inyectar proyectos de los ejecutivos seniors que pueden haber sido influenciados por vendedores de tecnología; y considerar la creación de un centro cognitivo de excelencia propio o una estructura similar para administrar los pilotos.

⁹ En el estudio detectaron que muchas organizaciones tienen éxito en el lanzamiento de sus pilotos pero sus problemas empiezan cuando debe correr esos programas a escala más amplia, por ejemplo, de toda la organización. Por lo tanto, mantienen, se necesita contar con planes detallados para escalar esos pilotos y, en especial, poder integrarlos a los procesos y sistemas ya existentes. En nuestro caso, por ejemplo, la integración entre Prometea y SISFE.

¹⁰ Fiscalía extrapenal o civil N° 6 de Rosario.

¹¹ En Enrique VI, William Shakespeare escribió este diálogo:
[JACK] CADE.- Seamos, por tanto, bravos, ya que vuestro capitán es bravo y jura reformarlo todo. En Inglaterra se venderán por

un penique siete panes de los que hoy valen medio penique; los jarros de tres medidas contendrán diez, y haré caso de felonía beber cerveza floja. Todo será común en el reino, y mi palafrén irá a pastar a Cheapside. Cuando yo sea rey..., que lo seré...

Todos.- ¡Dios salve a Vuestra Majestad!

[JACK] CADE.- ¡Doy las gracias a todos, buenas gentes! Cuando sea rey, no habrá más moneda; todos comerán y beberán a mis expensas, y vestiré a todos con una misma librea, a fin de que puedan todos entenderse como hermanos y honrarme como su señor.

DICK [el carnicero].- La primera cosa que tenemos que hacer es matar a todas las gentes de ley.

(*En La Segunda Parte de Enrique VI*, Acto IV, Escena II; en *OBRAS COMPLETAS*, trad. De Luis Astrana Marín; Madrid: Aguilar S.A. de Ediciones, 1951). En la visión de Shakeaspeare, según algunos comentaristas, la abogacía cumplía la función social de mantener las libertades memorializadas en la Carta Magna. Por lo tanto, para quien proponía abolirla, su primera ocurrencia no podía ser otra que la de matar a sus defensores. Los algoritmos no son ni juegan a ser Dick, *The Butcher*.

¹² CARLOS S. NINO: *Introducción al análisis del derecho* (Bs. As.: Astrea, 2a. Edición, 5a. Reimpresión, 1992). p. 94 y 316.

¹³ Por ejemplo, Alchourrón y Bulygin sostienen que las disciplinas jurídicas se encargan de describir el Derecho de modo de determinar qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico -la tarea empírica- y de sistematizarlo -tarea lógica.

¹⁴ Ver, por ejemplo, MICHAEL DE LUCA, JON KLEINBERG & SENDHIL MULLAINATHAN, *Algorithms Need Managers, Too*; en Harvard Business Review, Ene-Feb, 2016; reimpresso en HBR'S 10 MUST READS: ON AI, ANALYTICS, AND THE NEW MACHINE AGE (Boston, Mass: Harvard Business Publishing Corporation, 2019, pág. 29-38). Los autores describen los límites que tiene el diseño de algoritmos y la trascendencia que tiene la acción humana sobre ellos:

Los algoritmos son herramientas esenciales para la planificación pero pueden llevar por mal camino a quienes toman decisiones si no se los maneja adecuadamente. El primer paso para ello es reconocer sus principales limitaciones: Los algoritmos son literales: entienden solo lo que se les dice explícitamente

y hacen exactamente lo que se les pide, ignorando toda otra consideración; y son como cajas negras: no explican las razones o el por qué de los resultados (o las recomendaciones particulares) que ofrecen. Para un manejo más exitoso se debe:

- ser explícitos sobre todas las metas planteadas al diseñar el algoritmo. Los algoritmos persiguen solo el objetivo especificado, por lo que es necesario también enunciar, definir y cuantificar la importancia de las metas blandas o tácitas (soft goals). Por ejemplo, facilitando una lista de las preocupaciones que hayan surgido.

- “minimizar la miopía”. Los algoritmos se concentran solo en la información disponible, que suele tender a resultados a corto plazo. Por ello hay que explicarles la tensión que puede existir entre los objetivos de éxito a corto plazo y de ganancias a largo plazo. En la etapa de fijación de objetivos hay que identificar y especificar las metas a largo plazo. Y al trabajar sobre predicciones de algoritmos se debe ajustar la medida en que ellos son consistentes con las metas a largo plazo.

- seleccionar adecuadamente la información

(data) a ingresar, teniendo en cuenta que es mejor la amplitud: aprovechar información exhaustiva es clave en la predicción; y la diversidad: que las fuentes de esa información estén relativamente desvinculadas entre sí: de allí surge el poder predictivo “extra”.

Finalmente:

Es tan importante conocer lo que el algoritmo no nos puede decir -que lo que sí-. Es útil enumerar las razones por las que podría no ser transferible a un nuevo problema y evaluar su significación. Y recordar que correlación no significa causalidad.

El uso de algoritmos predictivos no elimina la necesidad de cuidado al establecer conexiones entre causa y efecto, no reemplazan los experimentos controlados. Pero lo que pueden hacer es poderoso: identificar patrones demasiado sutiles para ser detectados por la observación humana, y usarlos para generar conocimientos precisos e informar una mejor toma de decisiones. El desafío es entender sus riesgos y limitaciones y, a través de un manejo efectivo, desbloquear su notable potencial [Traducción propia aproximada]

En el mismo sentido se dijo:

La Inteligencia Artificial está tornándose buena en muchos trabajos "humanos" (diagnosticar enfermedades, traducir idiomas, brindar atención al cliente) y está mejorando rápidamente. Esto está generando temores razonables de que la IA finalmente reemplace a los trabajadores humanos en toda la economía. pero ese no es el resultado inevitable, ni siquiera el más probable. Nunca antes las herramientas digitales habían sido tan receptivas con nosotros, ni nosotros con nuestras herramientas. Si bien la IA alterará radicalmente cómo se realiza el trabajo y quién lo hace, **el mayor impacto de la tecnología será complementar y argumentar las capacidades humanas, no reemplazarlas** (resaltado agregado).

Por lo tanto, la receta es que las compañías deberían reimaginar sus procesos de negocios, focalizándose sobre como usar la IA para alcanzar mayor flexibilidad operacional o velocidad, aumentar su escala, mejorar su proceso de toma de decisiones e incrementar la personalización de sus productos y servicios. En H. JAMES WILSON & PAUL R. DAUGHERTY, Colloborative Intelligence: Humans and AI Are Joining Forces, en Harvard Business Review, Jul-Ago 2018, reimpreso en HBR'S 10 MUST READS: ON AI,

ANALYTICS, AND THE NEW MACHINE AGE, citada, p. 127.

¹⁵ Juan G. Corvalán (actual Fiscal General Adjunto del Ministerio Público de la C.A.B.A. en lo Contencioso Administrativo y Tributario ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad) fue co-creador del programa y líder de implementación del proyecto. Sobre el programa en sí se puede ver *Prometea: inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas* (Bs. As., Bogotá y París: editoriales Astrea, DPI Cuántico, Universidad del Rosario e Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance Publique -IMODEV-, 2019), disponible en https://dpicuantico.com/libros/prometea_oea.pdf.

¹⁶ Por ejemplo, para dimensionar la escala de trabajo, la OAVVGyD procesa, bajo un solo fiscal, casi 9.000 denuncias por violencia de género y doméstica anuales; la FIG, también bajo una sola fiscal, procesa más de 3.200 dictámenes anuales en materia ejecutiva y de derecho del consumidor (pagarés de consumo, demanda de daños y perjuicio y otras categorías agrupadas como "Derecho de consumo") y de Derecho Público (en materia de amparos, contencioso administrativos suma-

rios -intereses difusos- y hábeas data). La dotación de empleados tanto de la OAVVGyD como la de la FIG es tremendamente escasa. El panorama es aún más abrumador para las DCG, que expiden unos ____ diarios, cada una. Los datos pertenecen al Distrito Judicial N° 2 (Rosario) donde se inició la experiencia.

Una situación semejante fue descrita por el Fiscal General de la C.A.B.A., Dr. Juan Bautista Mahiques, en relación a la Unidad Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas, que recibe y procesa anualmente 40.000 reportes NCMEC (*National Center for Missing and Exploited Children*), a los que se les brinda el respectivo tratamiento jurídico en función del contenido y posteriormente -con causa iniciada- se investigan alrededor de 2.000 causas por año en la C.A.B.A. Indicó que procesar esa cantidad de reportes -que se abren, analizan y clasifican (cada uno con más de 50 atributos y cada atributo hasta 500 datos)- implica la dedicación de 8 horas -o más- de una persona por día, por 250 días al año. En cambio, la segmentación automática que lleva a cabo su sistema de IA (Prometea) reduce los tiempos a sólo 4 horas en todo el año.

¹⁷ La literatura sobre este principio (llamado también regla del "80/20" o regla "de los po-

cos vitales”) surgió de un análisis empírico de la sociedad en la que vivía el economista y sociólogo italiano Vilfredo Pareto. Así, observó que alrededor del 80% de las tierras italianas era propiedad de un 20% de la población, mientras que el otro 20% de las hectáreas estaba en manos del 80% de la ciudadanía restante. Algunos lo datan como formulado en la primera edición de su Cours d'économie politique en 1896 y otros lo datan 10 años más tarde. La regla establece

Una relación que describe causalidad y resultados. Afirma que aproximadamente el 80 % del producido (output) es un resultado directo del 20 % del aporte (input).

En ANKUNDA R. KIREMIRE, *The application of the pareto principle in software engineering*; disponible en http://www2.latech.edu/~box/ase/papers2011/Ankunda_termpaper.PDF.

¹⁸ Disponible en https://www.lucidchart.com/pages/es/que-es-un-diagrama-de-arbol-de-decision#section_o.

¹⁹ Fue el taller “Gobernanza de datos para aplicar inteligencia artificial a tus tareas” brindado por el Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

²⁰ Aquellas actividades capaces de ser calificadas como estandarizables y que puedan originar documentos más estables o previsibles (propios de los *procesos de automatización robótica*)

²¹ [//innovacion.mpfcuidad.gob.ar/apps/prometea/login](http://innovacion.mpfcuidad.gob.ar/apps/prometea/login)

²² [//www.agentes-conversacionales.com.ar/](http://www.agentes-conversacionales.com.ar/)

²³ Actualmente para hacer el trabajo en forma más eficiente se está trabajando sobre la hipótesis de integrar *Prometea* con *SISFE*. Como así también los árboles decisionales que documentan las respuestas institucionales en materia de ejecución de pagarés de consumo.

²⁴ [//innovacion.mpfcuidad.gob.ar/apps/prometea/login](http://innovacion.mpfcuidad.gob.ar/apps/prometea/login)

²⁵ En Logística la última milla hace referencia al tramo final del proceso de entrega de las mercaderías en el destino indicado por el cliente y constituye la etapa decisiva. En el medio hay buenos ejemplos de cómo proceder. Por ejemplo, el laboratorio de Inteligencia Artificial de la UBA (dirigido por el Fiscal General de la CABA

Juan G. Corvalán) y el Instituto de Neurociencias y Derecho (Fundación INECO) desarrolló una **calculadora de la prescripción**, un prototipo para decidir planteos de extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo que funciona muy aceptablemente y resuelve esos planteos, en los experimentos, mucho mejor (8 % de error) que los grupos de control compuestos por profesionales del derecho (25 % de error).

En DANIEL PASTOR, *obra citada*, (resaltado agregado) T. II, p. 74 (ver nota al pie de página 40).

Por otro lado, también se desarrolló un prototipo similar para **suspensiones de juicio a prueba**. La particularidad, según relata Daniel Pastor, es que para reactivarlo luego del fracaso inicial “[...] tuvimos que cambiar nuestra idea de justicia.” [DANIEL PASTOR, *obra citada*, p. 75. Ver especialmente nota al pie 41 en la que el Director del Tratado pone como otro ejemplo de sistemas de inteligencia artificial aplicada a decidir cuestiones de probation el denominado COMPAS Risk Assessment.]

²⁶ Sería bueno ampliar la experiencia y, por

ejemplo, arbolar el trámite de nuestras oficinas de procesos sucesorios y de trámites ejecutivos. Sobre estos últimos, de la mano de Prometea (y la Fiscalía General de la C.A.B.A.), avanzó la provincia de Chaco. Sobre todo teniendo en cuenta las recomendaciones de un filósofo y tecnólogo como DAVID WEINBERG:

Admito que la IA puede amplificar las injusticias de la sociedad y que es posible que eso sea algo difícil de evitar, por lo que supone un problema urgente. Pero personalmente quizás esté más interesado en lo que los humanos estamos aprendiendo sobre nuestro propio concepto de imparcialidad gracias a nuestro trabajo con la IA.

En La inteligencia artificial nos obliga a revisar nuestra idea de justicia, en El País, edición del 27.oct.2018, disponible en https://elpais.com/retina/2018/10/26/tendencias/1540549298_079415.html. JUAN G. CORVALÁN, en *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Desafíos concretos de aplicación (en DPI Cuántico - Derecho para Innovar, Diario Civil y Obligaciones N° 201, del 30.09.2019, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/Doctrina-Civil-30-09-2019-Parte-II-1.pdf>) mantiene un argumento

similar (Apartado III):

La implementación de técnicas de IA en el proceso judicial, no se basa en reproducir el mismo enfoque del proceso, al que sólo se agregan máquinas inteligentes. Por el contrario, a partir de la IA, se puede redefinir estructuralmente el enfoque. Y ello tiene un punto de partida concreto: transformar la lógica en el procesamiento y circulación de los datos y la información que subyace a las diversas actuaciones jurídicas. En otras palabras, una Justicia 4.0 se vincula con una reingeniería que permita mejorar sustancialmente el servicio de Justicia sobre la base de un mirada holística de los procesos. Lo que se conoce como visión coherente y sistémica entre *front office* y *back office*.

Otros programas exploran otros dispositivos de IA. Sobre *minería de argumentos*, estos, el proceso de extracción automatizada de conocimiento de textos jurídicos (conocer de una resolución judicial, por ejemplo, qué se pedía, qué argumentos se utilizaron y qué sentenció el tribunal) por medio del procesamiento de lenguaje natural (NLP, Natural Language Processing) se puede consultar el trabajo del DR. HORACIO R. GRANERO, *La inteligencia artificial entiende el lenguaje*

“talcahuanensis”, en elDial.com - Contenidos Jurídicos, disponible en <http://www.albrematica.com.ar/sherlock/Sherlock.pdf> en el que el autor también explica el desarrollo del sistema de IA propio bautizado como *Sherlock-Legal*.

En cuanto a los **cuidados y restricciones** de su introducción en los poderes judiciales ver la CARTA ÉTICA EUROPEA SOBRE EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS SISTEMAS JUDICIALES Y SU ENTORNO adoptado por el CEPEJ durante su 31a. Reunión plenaria (Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018) disponible en <file:///C:/Documentos/PGCSJ/REVISTA%20COL%20DE%20MAG/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>. Y también FRANCESCO CONTINI, *La inteligencia artificial: ¿un nuevo caballo de Troya que influye indebidamente en el poder judicial?* Disponible en https://www.unodc.org/dohadecaration/es/news/2019/06/artificial-intelligence_a-new-trojan-horse-for-undue-influence-on-judiciaries.html. El autor es jefe de investigación en el Instituto de Investigación sobre los Sistemas Judiciales del Consejo Nacional de Investigaciones de Italia.

Cosas que debería enseñarle a la máquina para que pudiera reemplazarme



Dr. Juan José **Bentolila**

*Juez de la Sala IV de la Cámara de Apelación
en lo Civil y Comercial de Rosario.*

myf

39

Recién arribada al poder de la mano del nuevo régimen, la burguesía francesa logró en 1804 que el código civil de Napoleón garantizara el respeto a sus dos más sagrados intereses: la propiedad privada y la libertad de contratación.

Sin embargo, sabiendo que encontrarían dificultades para que los jueces (sospechados de ciertas resistencias respecto de la nueva clase dominante¹) aplicaran estrictamente el texto legislativo, buscaron apoyo en una corriente iusfilosófica conocida como la escuela de la exégesis², que ejercitaba una ardiente defensa de la voluntad del legislador plasmada en la ley. Con el objeto de limitar el poder del juez respecto del caso, sus partidarios concluyeron que los magistrados no podían crear Derecho³ ni omitir la aplicación de la ley por considerarla injusta, limitándolos, pues, a desempeñar el papel de “la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor”⁴ del texto. Agregaban que el razonamiento judicial podía ser pensado con la estructura de un silogismo mixto⁵, en el cual

la premisa mayor hipotética estuviera constituida por la norma, la menor categórica por el caso, y la conclusión por la decisión que correspondiera adoptar.

Aceptar este modelo de jurisdicción puede conducirnos (no sin cierto grado de inocencia) a entender que es inminente que los jueces vayamos a ser reemplazados completamente por sistemas de inteligencia artificial con aptitudes en materia decisoria. Tal vez hasta cabría que nos preguntáramos cómo es posible que eso aun no haya sucedido⁶. Simplemente bastaría con ingresar al sistema todas las normas existentes (material de la premisa mayor) y dotar a la máquina de criterios para valorar prueba y emitir conclusiones fácticas (a fin de proveer las afirmaciones que integrarán la premisa menor), y yo vendría tecnología obsoleta.

Sin embargo, no puedo ocultarles que, lejos de constituir un juicio descriptivo de cómo el Derecho funciona, todas estas afirmaciones evidencian solamente cómo era que los exégetas querían (en función de su agenda política) que

el Derecho funcionara⁷. Así, les adelantando que a la máquina no le bastaría con la pobre formulación racionalista exegética para dictar una sentencia y, eventualmente, ocupar mi lugar.

En tanto que una mínima reflexión sobre mi trabajo alcanza para convencer de la insuficiencia descriptiva (y, por ende, de la franca inutilidad) del modelo referenciado⁸, creo que preferiría explicarle a la máquina algunos aspectos de mis quehaceres diarios que resultan invisibilizados por tal radical simplificación. Y puesto que ella “depende de criterios exactos y no es capaz de comprender instrucciones vagas ni metafóricas”⁹, conviene que sea muy preciso al detallarle en qué consiste mi labor.

En un primer orden de ideas, refiriéndome al dato normativo le puntualizaría que, para poder enunciar una regla (del tipo “si sucediere p, y no se verificare q, será r, salvo que s”) y hacerla funcionar¹⁰, deberá cumplir una serie de tareas más o menos complejas (algunas serán siempre necesarias, otras meramente eventuales).

Así, comenzaré por señalarle que deberá definir de dónde extraerá los materiales que utilizará para construir la norma.

Aunque a simple vista no lo parezca, tal resulta una tarea sumamente delicada, puesto que dependerá de una decisión inicial acerca de la mejor adecuación del ámbito normativo¹¹ a ser aplicado (observando, por ejemplo, que este caso se rige por el Derecho del consumo y no por el civil¹², y que esta relación es contrato de trabajo y no locación de servicios como invoca el demandado).

Además, no es infrecuente que haya que descartar alguna de las fuentes normativas especiales que reclaman prioritaria aplicabilidad¹³, en función de lo indicado por otras normas que regulan su producción o contenido. Así, tal vez, la máquina deba declarar inconstitucional una ley (ya sea porque fue dictada por un órgano que no tenía competencia para ello o porque sus disposiciones infringen las de una norma superior) y nulo un contrato

(por la incapacidad de los contratantes o por la ilicitud de su objeto).

Me será complicado explicarle que, a veces, prevalecerá la norma de grado relativamente inferior sobre la superior con la que revela incompatibilidad¹⁴ (cómo decirle, por ejemplo, que pese a que el código velezano preveía que el incumplimiento de la obligación emergente de un boleto de compraventa se resolvía en daños y perjuicios, la jurisprudencia interpretó que el juez podía suplir al demandado y suscribir la escritura¹⁵, prevaleciendo en lo sucesivo la fuente jurisprudencial sobre la legal). Claro está, la dificultad desaparecerá si la máquina decide abandonar el positivismo normológico (la respuesta más simple a la pregunta indeludible por el concepto de Derecho) y proclamarse abiertamente neoconstitucionalista¹⁶ (para lo cual, también tendré que enseñarle cada uno de esos marcos teóricos). Tal vez desde allí me reclame elegir libremente sus fuentes normativas (inclusive con facultad de preterir reglas especiales en favor de principios ge-

nerales, sin necesidad de declarar inconstitucionalidad alguna).

Por cierto, le advertiré que a veces las fuentes no le alcanzarán para cubrir todos los aspectos de la norma (las características positivas y negativas de su antecedente y las de su consecuencia jurídica), toda vez que no es inusual encontrarse con reglas imprecisas e incompletas o meros principios normativos.

Ante estas situaciones, la máquina tendrá que aprender a precisar la regla imprecisa (y entonces decir que, entre los 8 a 25 años de pena en expectativa que conlleva el delito de homicidio simple, sancionará a este con 12, según criterios que convendrá que pueda mantener en lo sucesivo), completar la regla incompleta (integrando, por ejemplo, el contrato después de haber declarado la nulidad de las cláusulas abusivas que contenía) o concretar el principio para este caso en particular (puntualizando cómo es que el interés superior del niño le indica, aquí y ahora, que debe otorgar esa venia para viaje que uno de los progenitores ha solicitado).

Adicionalmente, le comentaré a la máquina que tal vez tenga que evaluar la posibilidad de concurrencia de normas sobre el mismo caso y, en tal supuesto, proveer a su síntesis.

Para ello habrá de recurrir a otras normas que le indicarán si existe alguna situación de dominación (porque, por ejemplo, una de las reglas en danza es más favorable al consumidor y, por ello, preferible), si pueden coexistir (como, por ejemplo, las normas penales que sancionan el homicidio y las civiles que ordenan su reparación) o si deben integrarse (como sucede en el concurso real del Derecho penal). Y, si no se trata de reglas, si en su búsqueda sólo encontrara principios, tendrá que aprender a ponderar¹⁷ la incidencia de cada uno de ellos en la solución del caso.

Todo esto, claro está, presupone que la máquina logrará interpretar el mensaje del autor de la norma. Pero como no todos estamos de acuerdo en qué significa interpretar¹⁸, ella tendrá que adoptar alguna metodología de entre las que le propondré. Y nótese que de

escasa utilidad le serán las normas que pretendan orientar cómo habrá de hacerlo, toda vez que se trata de textos también sujetos a interpretación¹⁹.

Así, puede que el sistema inteligente asuma que interpretar es desentrañar el sentido de lo dicho por el autor de la norma (legislador, contratante, testador, etc.), para lo cual evaluará aspectos semánticos²⁰ y lógicos. Pero tal vez también esté de acuerdo con indagar qué fue lo que quiso decir el autor de la norma, para lo cual le será de utilidad recurrir a una enorme cantidad de fuentes extranormativas (por ejemplo, exposiciones de motivos, proyectos previos, manifestaciones del autor, conducta de los contratantes) o examinar lo dicho a la luz del ordenamiento en el cual el autor quiso insertarlo. Y si los resultados de tal pesquisa no coincidieren, tendrá que preguntarse cuál de ellos será el que prefiera favorecer.

Más aun, tendría que confesarle a la máquina que, en ocasiones, interpreto recurriendo a conjeturas²¹. Así, si decide suponer que el autor de la nor-

ma no quiso contradecirse, le aconsejaría que optara por algún sentido que evite la incoherencia.

Claro está, habré de remarcarle que deberá justificar toda decisión que adopte al efectivizar estas tareas. Y para ello me esforzaré en enseñarle a argumentar²². Lo necesitará, créanme, porque se enfrentará al agotador desafío de vencer simultáneamente a múltiples auditorios²³ (las partes, sus abogados, otros jueces en paridad de grado, la alzada, la comunidad jurídica, la opinión pública, los medios de comunicación, etc.) que juzgarán de diverso modo la legitimidad de las razones que esgrima.

La máquina necesitará de todas esas aptitudes frente a la norma. Sin embargo, tampoco es imposible que verifique con sorpresa (por qué negarle esa capacidad emocional) que no existe norma alguna para resolver su caso. Es que el mundo real es mucho más complejo que el de la lógica, y al más precavido autor de normas puede escapársele (por simple omisión, novedad, etc.) alguna circunstancia.

Ante esa laguna, habría que orientar a la desorientada inteligencia artificial para que distinguiera, al menos, tres supuestos diferenciados. Si está ante un orden normativo (al estilo de la recopilación justiniana), le diré que recurra al autor. Si se enfrenta a un sistema normativo formal con norma de clausura (del tipo todo lo no prohibido está permitido), deberá entender la ausencia de norma con sentido permisivo en favor del gobernado (valdrá que también le explique el fundamento liberal político de esta afirmación, como para que no la utilice mecánicamente). Si estuviere, en fin, ante un sistema normativo material, le puntualizaré que deberá elaborar norma, para lo que optará por elementos que extraerá del propio sistema (tales como la analogía o los principios generales del Derecho) o, en su defecto, provenientes de fuera (la costumbre o la equidad).

Recién cuando la máquina domine todas estas habilidades (antes sería prematuro), le hablaría del encuadramiento (ya sea del hecho en el antecedente normativo o de la pretensión en la

consecuencia jurídica). Pienso que ella sola se dará cuenta y me preguntará por el principio de congruencia procesal²⁴, que podrá flexibilizar²⁵ si adopta un marco teórico activista, abandonando las filas del garantismo que, en función de mi simpatía teórica, infructuosamente intenté inculcarle. Allí estará en condiciones de actualizar la norma, emitiendo otra de carácter particular (contenida en la fuente formal de la sentencia) para resolver este caso.

Claro que, para ello, antes tendré que haberla instruido en valoración de la prueba. Sepan que no le bastará con conocer las normas procedimentales que avalan la regularidad de la producción probatoria, principios tales como la sana crítica y garantías constitucionales que custodian la defensa en juicio²⁶, puesto que, además, tendrá que aprender a discernir la mentira de la verdad (y me tendrá que creer cuando le diga que escuchará muchas mentiras) y a sopesar razones en favor o en contra de cada prueba que, por cierto, rara vez son claras y no contradichas por otras igualmente atendibles.

Si quisiéramos que la máquina se maneje con soltura en la dimensión del expediente, sólo agregaría que deberá saber cómo evitar nulidades (tal vez ella tampoco se sentirá cómoda si le invalidan una decisión, tal vez yo no pueda evitar transmitirle mis propios temores). Y parece que con esto alcanzaría.

Pero, para serles sincero, creo que sigue siendo insuficiente. Es que yo preferiría que ella también entendiera el conflicto que hay debajo de la formalización (puede que, incluso, prefiera -como yo- presentarse como alguien que gestiona conflictos).

En efecto, le resaltaría que detrás de los papeles (o los archivos digitales, esperemos que en ese momento hayamos podido jubilar al expediente) hay personas que, más temprano o más tarde, serán beneficiadas o perjudicadas por lo que ella diga. Como sé que les cambiará la vida, le aconsejaría que siempre se pregunte acerca de las realidades tras las formas (me parece vital que la máquina conozca cómo es la cárcel a la que va a mandar al con-

denado y que no se confíe en que son “sanas y limpias”, como inexactamente afirma nuestro texto constitucional).

Más aun, le vaticinaría que conocerá de intervenciones decisivas para el caso, promovidas por quienes ni siquiera tienen legitimación para comparecer al trámite. Así, ¿cuántas veces en conflictos familiares advertirá los complejos entramados de sujetos con intervenciones decisivas que, sin embargo, no tienen cabida en el debate bipolar del proceso (la nueva pareja del anterior cónyuge, los suegros, la cuñada de difícil carácter, etc.)?

Además, será importante que la máquina sepa que, cuando las partes tengan que seguir viéndose después de finalizado el caso (por ejemplo, en los litigios entre vecinos o en los divorcios con hijos), le convendrá la estrategia²⁷ de extremar las posibilidades conciliatorias. Porque con el tiempo aprenderá que, si logra que los contendientes se miren a la cara y busquen un acuerdo, es probable que les haga tomar consciencia del

conflicto y asumir el camino de una solución duradera.

Más aun, ayudaría que la máquina pudiera distinguir entre las discusiones puramente económicas y las simbólicas (en algunas sucesiones en las que dicen debatir sobre bienes, batallan por “a quién quería más” el causante o “quién le cuidó en su lecho de muerte”). Valdrá también que identifique las situaciones de poder (elemento que justifica, por ejemplo, las correcciones normativas del Derecho laboral) y que respete las posibilidades de la cooperación (asumiendo que, tal vez, su actuación se limitará a homologar una solución que ella no hubiera adoptado). Le encarecería que estuviera muy atenta para reconocer personas en situación de vulnerabilidad²⁸ o casos que justifiquen una aproximación multicultural²⁹.

Convendrá también desencantar a la máquina revelándole, desde ya, que sus decisiones, en ocasiones, encontrarán límites³⁰ (como será, por ejemplo, la insolvencia del ejecutado). Tendrá, pues, que lidiar con la frustración que produ-

cen las sentencias de imposible cumplimiento que, cada tanto, aparecen.

Adicionalmente, preferiría que la máquina comprendiera que deberá ingresar con humildad a esa porción de vida ajena que necesita conocer para resolver el caso y que, pese a sus mejores intenciones, ello no siempre significará solucionar el conflicto. Y pienso que le favorecerá evaluar el alcance de los intereses en juego (me gustaría que advirtiera que la quiebra de un particular no es análoga a la de un sanatorio).

Si creen que con esto ella ya está probando mi silla, les pediría algo de paciencia. Porque todavía me resta por explicarle que le será imprescindible contar con algún patrón de corrección y que podrá ir a buscarlo fuera de sí (tal vez observe la naturaleza o profese alguna religión), en su cultura (como dato de construcción colectiva e histórica), en la razón (si tan solo fuera la primera máquina kantiana) o, por qué no, en un pacto respecto de puntos de partida y métodos de construcción³¹. Cualquiera de esos cami-

nos, por supuesto, necesitará ser contrastado con la opción que la máquina haga para afrontar preguntas más genéricas que no tienen respuesta “correcta” (como ¿qué significa conocer un objeto?, lo que la impulsará a evaluar la aceptabilidad del idealismo o del realismo, tanto en sus vertientes gnoseológica como metafísica³²).

También le pediría que no fuera arbitraria, dejándole bien en claro que me sentiré orgulloso de ella si mantiene la igualdad de un caso a otro. Por eso la alentaré para que, al resolver, evalúe todos los casos pasados que cimentaron su experiencia y conjeture si podrá mantener ese criterio en todos los que vendrán, utilizando el método de las variaciones para indagar y poner a prueba sus juicios de relevancia (que le permitirán construir³³ las nociones de caso análogo y diverso).

Si me dan la posibilidad de soñar, adicionalmente querría que la máquina buscara maximizar la libertad de las personas y pretendiera ser justa³⁴. Y piadosa. Que la justicia sin piedad me

asusta un poco. Para ello le encomendaría que nunca perdiera de vista los casos concretos³⁵.

Aun no han construido la máquina a la que yo pueda enseñarle todo eso. Hoy duermo tranquilo, mañana seguiré teniendo trabajo. Sí, sé lo que están pensando, tampoco me engaño: es cuestión de tiempo para que aparezca la que me reemplace. Pero ¿saben qué? no temo. Porque, si tiene que aprender todo lo que necesitará saber para poder hacer lo que yo hago, tendremos que crearla muy a nuestra imagen, muy humana y, entonces, ¿qué ventaja habría en reemplazarme? ■

CITAS

¹ Acerca del contexto en el que se produjo la codificación francesa, p. v. SOLARI, GIOELE, *Filosofía del Derecho privado*, Buenos Aires, Depalma, 1946, tomo I (La idea individual), págs. 117 y ss.

² BONNECASE, JULIEN, *L'École de l'Exégèse en Droit Civil*, 2ª ed., París, Boccard, 1924; CIU-

RO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, págs. 69 y ss.; SOLARI, GIOELE, *op. cit.*, pág. 216. Tal posicionamiento ideológico mereció posterior ingreso en la ciencia jurídica argentina en función de las fuentes francesas receptadas en nuestro Derecho civil (al respecto, CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA, *El sistema de Derecho privado iberoamericano, en Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, págs. 160 y ss.; y ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX, en Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1976).

³ Al respecto p. c. PRIETO, LUIS, *Ideología e Interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

⁴ La expresión es de SECONDAT, CHARLES LOUIS, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, édition établie par Laurent Versini, París, Gallimard, 1995, volume 1, deuxième partie, Livre XI (*Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution*), chapitre VI (*De la constitution d'Angleterre*), pág. 52.

⁵ En el ámbito de la doctrina procesalista se alude (sin mucho reparo) al silogismo decisorio en CALAMANDREI, PIERO, *La génesis lógica de la sentencia civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, págs. 369 y ss.; EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho, Valladolid, Lex Nova, 2000; GARCÍA GÁNCHEZ, JUAN FRANCISCO y SANZ LLORENTE, FERNANDO J., *Génesis y formación de la sentencia. Su forma y estructura interna*, en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, N° XXXII; GUASB, JAIME, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, M. Aguilar Editor, 1948, págs. 924 y ss.; ODERIGO, MARIO A., *El lenguaje del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1961, pág. 32; y ROCCO, UGO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Temis - Depalma, 1970, tomo II, págs. 255 y ss.

⁶ No desconozco la existencia actual de programas que resuelven casos jurídicos rutinarios y fáciles. En el presente trabajo aludo a los casos difíciles.

⁷ FRONDIZI, ROMÁN JULIO, *La sentencia civil - Tema y variaciones*, La Plata, Librería Editora Platense SRL, 1994, págs. 21 y ss.; y

FENOCHIETTO, CARLOS EDUARDO, *Curso de Derecho Procesal (parte especial)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, pág. 214.

⁸ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3ª ed., Valladolid, Trotta, 1998, pág. 46; y PODETTI, J. RAMIRO, *Tratado de los Actos Procesales*, Buenos Aires, Ediar S.A., 1955, págs. 447 y ss.

⁹ GUIBOURG, RICARDO A., *Informática jurídica*, en FABRA ZAMORA, JORGE LUIS y NÚÑEZ VAQUERO, ÁLVARO -Coordinadores-, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 1, pág. 793; del mismo autor, *La justicia y la máquina*, Buenos Aires, La Ley, 1973, págs. 150 y ss.

¹⁰ Sobre el funcionamiento de la norma p. c. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987, págs. 251 y ss.; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, Rosario, FDER Edita, 2019, págs. 95 y ss.; y DABOVE, MARÍA ISOLINA, *El funcionamiento*

del Derecho en la teoría trialista, en BENTOLILA, JUAN JOSÉ -Coordinador-, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2009, págs. 99 y ss.

¹¹ Cuestión de exclusiva competencia de la jurisdicción. Cf. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.*, págs. 67 y ss.; SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *El juez y el derecho (iura novit curia)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. También CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, pág. 403; IZQUIERDO, FLORENTINO V., *El principio “iura novit curia” en las cortes o tribunales superiores (La sentencia, el fundamento y la lógica jurídica)*, en LL 1986-D-452. La regla del iura novit curia también se proyecta sobre la vía procedimental en lo que ha dado en llamarse reconducción de pretensiones. V. PEYRANO, JORGE W., *Procedimiento Civil y Comercial 1 - Conflictos Procesales*, Rosario, Juris, 2002, pág. 103.

¹² Lo cual estará determinado por la relativa cercanía temática de las normas en juego. Al respecto p. c. nuestro *La tarea del reconocimiento y las constelaciones de proximidad de normas*, en *Dos Filosofías del Derecho argentinas anticipatorias - Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, Rosario, Fundación para las Investiga-

ciones Jurídicas, agosto de 2007, págs. 81 y ss.

¹³ En el sistema tradicional siempre se parte de la norma especial. Así, por ejemplo, para evaluar el modo de resolver el conflicto referido a un contrato de locación, primero debo saber qué pactaron las partes en ese contrato, luego relevaré el Capítulo 4, Título IV, Libro Tercero, del Código Civil y Comercial, y finalmente evaluaré la ausencia de infracción de normas constitucionales.

¹⁴ Por norma de habilitación, según indica Kelsen, HANS, *Teoría pura del Derecho*, trad. Moisés Nilve, 30ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994, págs. 155 y ss.

¹⁵ CNAC, en pleno, 03.10.1951, “CAZES de FRANCINO, Amalia c. RODRÍGUEZ CONDE, Manuel”, AR/JUR/13/1951.

¹⁶ V. FERRAJOLI, LUIGI, *El constitucionalismo garantista: entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, trad. Félix Morales Luna, en *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 2011, vol. 34, págs. 311 y ss.

¹⁷ En un sistema de reglas los conflictos se resuelven por meta-reglas (del tipo *regla pos-*

terior deroga regla anterior), en uno de principios, por ponderación (evaluando el mayor “peso”, por ejemplo, de la libertad de expresión con relación al de la protección de la intimidad). Va de suyo, eso implica que también tendríamos por delante la complejísima tarea de explicarle a la máquina cuál es el peso específico de cada principio (y cómo es que ello es cognoscible -si es que lo considerara posible- o por qué lo construimos de esa manera).

¹⁸ P. v. nuestro *Interpretación e integración de las leyes de Derecho privado*, en CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL y NICOLAU, NOEMÍ LIDIA (Directores), *Derecho privado del siglo XXI*, Buenos Aires, Astrea, 2019, págs. 203 y ss.; BETTI, EMILIO, *Teoria generale della interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1955; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Meditaciones trialistas sobre la interpretación*, en ED, tomo 72, pág. 813; COSSIO, JOSÉ RAMÓN, SCHMILL, ULISES, *Interpretación del derecho y concepciones del mundo*, en *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, 3ª ed., México, Fontamara, 1998, págs. 57 y ss.; GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1925; GIANFORMAGGIO, LETIZIA, *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio*, trad. Juan Antonio

Pérez Lledó, en *Doxa*, cit., 1987, vol. 4, págs. 87 y ss.; GIMENO, MARÍA CONCEPCIÓN, *Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la propuesta de Riccardo Guastini*, en *Doxa*, cit., 2000, vol. 23, págs. 689 y ss.; GUASTINI, RICCARDO, *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, en *Interpretación...*, cit., págs. 19 y ss.; LIFANTE VIDAL, ISABEL, *La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; RAZ, JOSEPH, *¿Por qué interpretar?*, en *Interpretación...*, cit., págs. 39 y ss.; SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962; URSÚA, JOSÉ FRANCISCO, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2004, N° 20, págs. 255 y ss.; VIGO, RODOLFO LUIS, *Interpretación Jurídica*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999; y ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, Buenos Aires, La Ley, 2003; entre muchos otros.

¹⁹ El art. 2º del Código Civil y Comercial dejó de lado la intención del legislador, lo que conocemos, precisamente, a través de una interpretación histórica (cf. los fundamentos de la comisión redactora). Kelsen (*op. cit.*, págs.

163 y ss.) sostendrá que la interpretación judicial constituye una tarea metajurídica, puesto que implica optar, en un marco de significados abiertos a posibilidades interpretativas, según criterios políticos o valorativos.

²⁰ Lo cual se verá dificultado por la ambigüedad y la vaguedad de las palabras (particular atención merecen muchas de fuerte contenido emotivo que utilizamos frecuentemente en nuestra disciplina, tales como justicia, libertad, igualdad, dignidad, abuso de derecho, razonabilidad, sana crítica, y un enorme etc.), ineludibles características del lenguaje, legitimantes de espacios de discrecionalidad judicial (salvo que se cuente con un standard valorativo que permita aseverar que existe una única respuesta correcta). Sobre la textura abierta del lenguaje p. c. WAISMANN, FRIEDRICH, en MACKINNON, DONALD MACKENZIE, WAISMANN, FRIEDRICH, KNEALE, WILLIAM, *Symposium: Verifiability*, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Blackwell Publishing, vol. 19, Analysis and Metaphysics, 1945, pág. 121.

²¹ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

²² En materia de jurisdicción la motivación es impuesta normativamente (cf. art. 3º, Código Civil y Comercial). Sobre la tarea de la argumentación p. v. ALEXY, ROBERT, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon, 1989; ATIENZA, MANUEL, *A propósito de la argumentación jurídica*, en Doxa, cit., 1998, vol. 21, págs. 33 y ss.; del mismo autor, *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, 3ª reimp., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005; CHAUMET, MARIO E., *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*, Buenos Aires, Astrea, 2017; GHIRARDI, OLSEN A., *El Razonamiento Judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, págs. 60 y ss.; MORESO, JUAN, NAVARRO, PABLO, REDONDO, MARÍA, *Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial*, en Doxa cit., 1992, vol. 11, págs. 247 y ss.; PERELMAN, CHAÏM, *Logica giuridica nuova retorica*, a cargo de Giuliano Crifò, Milán, Giuffrè, 1979; PERELMAN, CHAÏM, OLBRECHTS - TYTECA, LUCIE, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2000; PLANTIN, CHRISTIAN, *La argumentación*, trad. Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 1998; PORTELA, MARIO ALBERTO, *Argumentación y sentencia*, en Doxa cit., 1998, vol. 21, págs. 333 y ss.; VIGO, RODOLFO LUIS, *Razonamiento judicial justificatorio*, en Doxa cit., 1998, vol. 21, págs. 483 y ss.; y WESTON, ANTHONY, *Las*

claves de la argumentación, trad. Jorge F. Malem Seña, Barcelona, Ariel, 1999.

²³ Respecto de la importancia del auditorio en la configuración del mensaje p. c. PERELMAN, OLBRECHTS - TYTECA, *op. cit.*, págs. 52 y ss.

²⁴ EISNER, ISIDORO, *Principios Procesales*, en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, Centro de Estudios Procesales, 1970, N° 4, págs. 47 y ss.; GOLDSCHMIDT, JAMES, *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, 2º ed., Barcelona, Labor, 1936, págs. 381 y ss.; MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Prueba, incongruencia, defensa en juicio (el respeto por los hechos)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, págs. 37 y ss.; RICER, ABRAHAM, *La congruencia en el proceso civil*, en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, Centro de Estudios Procesales, 1970, N° 5, págs. 15 y ss.; y TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000, págs. 85 y ss.

²⁵ DE LOS SANTOS, MABEL ALICIA, *La flexibilización de la congruencia*, en *Cuestiones Procesales Modernas, suplemento especial La Ley*, Buenos Aires, 2005, pág. 80.

²⁶ EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de*

Derecho constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1994, tomo II, pág. 335; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL, CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, tomo I, pág. 461.

²⁷ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, N° 22, pág. 11; del mismo autor, *Bases para la estrategia en el Derecho, con especial referencia al Derecho Internacional Privado*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, N° 23, págs. 17 y ss.; *La Teoría General del Derecho, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas*, en *Investigación...*, cit., 1999, N° 32, págs. 25 y ss.; y *Estrategia Jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011; GUIBOURG, RICARDO A., *Estrategia en la construcción del pensamiento*, en *Investigación...*, cit., 2013, N° 47, pág. 161; y MEROI, ANDREA ANGÉLICA, *La estrategia en el Derecho Procesal. La comprensión de la decisión y la estrategia en la resolución de conflictos*, en *Investigación...*, cit., N° 35, págs. 49 y ss.

²⁸ Elemento que sólo una concepción jurídica integrativista puede relevar. V. CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, Rosario, UNR Editora, 2012.

²⁹ Lo hemos abordado en *Los límites del Derecho Internacional Privado clásico en un caso multicultural*, en *Investigación...*, cit., 2006, N° 39, págs. 41 y ss. También p. c., por ejemplo, STAVENHAGEN, RODOLFO, *Derecho Internacional y derechos indígenas*, en KROTS, ESTEBAN, *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Barcelona, Anthropos, 2002.

³⁰ P. c. nuestro *El derecho vencido (a propósito de los conflictos de normas generadores de límites a la voluntad del legislador)*, en *Revista del Centro...*, cit., 2003, N° 27, págs. 9 y ss.; y CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Reflexiones sobre los límites de los repartos*, en *Boletín del Centro...*, cit., 1985, N° 6, págs. 77 y ss.

³¹ NINO, CARLOS SANTIAGO, *Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas*, en *Doxa*, cit., 1988, N° 5, págs. 87 y ss.; RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura

Económica, 2000; y VILLA, VITTORIO, *Constructivismo y teoría del Derecho*, en *Doxa*, cit., 1999, N° 22, págs. 285 y ss.

³² HESSEN, JOHANNES, *Teoría del conocimiento*, trad. José Gaos, 23ª ed., Buenos Aires, Losada, 1989, págs. 74 y ss. De todos modos, la máquina sabrá que tiene la posibilidad de escape que provee la filosofía del “como si” (cf. VAIHINGER, HANS, *The Philosophy of ‘As if’*. *A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, trad. C. K. Odgen, Edinburgh, Martino Publishing, 2009).

³³ En el sentido utilizado por GUIBOURG, RICARDO A., *La construcción del pensamiento*, Buenos Aires, Colihue, 2004.

³⁴ V. nuestro *El reverso de la axiología (reivindicando la valoración)*, en *Revista del Centro...*, cit., 2008, N° 31, págs.

³⁵ *La equidad según Aristóteles, Ética nicomáquea*, trad. Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 2019, págs. 120 y ss., Libro V, 10, 1137b, 10-30. Para otros (GUIBOURG, RICARDO A., *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 118.) se tratará de un conjunto de criterios no explícitos.

Prometea, la inteligencia artificial al servicio de la Justicia. Experiencia en la provincia de Chaco

myf

50



Dr. Marcelo Darío **Gauna**

Juez a cargo del Juzgado de Procesos Ejecutivos, Concursos y Quiebras, de la 2ª Circunscripción de la Provincia de Chaco. Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Chaco.



Dr. Julián A. **Palumbo**

Secretario de Cámara y titular del Área Innovación e Inteligencia Artificial del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires.



Dra. María Florencia **Baudino**

Auxiliar en el Área Innovación e Inteligencia Artificial del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires al momento de redactar el presente artículo.

Introducción

En los últimos años, el volumen de trabajo realizado en entidades públicas aumentó en forma considerable. Desde el año 2003, el Estado ha incrementado su presencia en ámbitos en los cuales había retrocedido. El importante crecimiento del empleo público registrado sucedió a la par de que el Estado incrementaba sus funciones y ampliaba los servicios públicos brindados a la sociedad¹. En el poder judicial, por ejemplo, se crearon unidades judiciales dotadas de la misma estructura que las existentes².

La aparición del Covid-19 también afectó a los Estados. De un día para otro, las oficinas gubernamentales tuvieron que cerrar u operar con horarios de atención y personal limitados, y muchos funcionarios debieron ejercer sus labores desde casa. En consecuencia, diversos servicios públicos dejaron de prestarse por el canal presencial. Al mismo tiempo, varias instituciones experimentaron

un incremento en la demanda de sus servicios de información³.

En este contexto, las Tecnologías de Información y Comunicación –TICs– se han transformado en una herramienta estratégica que, con la utilización adecuada, permite alcanzar múltiples objetivos de implementación de las reformas de manera eficaz y eficiente, ante la creciente necesidad de la ciudadanía por contar con información y acceso a la justicia de manera eficaz y oportuna⁴.

El uso de tecnologías en el sector público dejó de ser una opción para convertirse en una necesidad. La utilización de tecnologías disruptivas en la administración pública viene ofreciendo respuestas, y la evidencia revela que la crisis del COVID-19 trajo consigo un incremento considerable de la generación y el uso de servicios públicos digitales⁵.

La inteligencia artificial, entre otras técnicas utilizadas, se ha implementado en diferentes dependencias públicas y

sus resultados en la prestación de servicios son relevantes. Según estudios realizados, su aplicación para informar recomendaciones o decisiones que hasta ahora realizaban los funcionarios puede incrementar la eficiencia y la eficacia de la administración pública haciendo más transparentes las asignaciones presupuestarias y reduciendo los costos de procesos cognitivos y no repetitivos. Además, las herramientas digitales que aprovechan la interoperabilidad y la inteligencia artificial pueden facilitar la toma de decisiones y ahorrar tiempo en los procesos. Estas tecnologías sistematizan y analizan la información de casos individuales, triangulan múltiples fuentes de información y organizan los principales resultados en un formato de fácil acceso⁶.

Prometea, la inteligencia artificial creada por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires

El Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires im-

pulsa el desarrollo de la inteligencia artificial “Prometea”. El sistema, en un primer momento, fue ideado para optimizar el servicio de justicia, agilizando exponencialmente los procesos judiciales. Luego, se advirtió que los beneficios que generaba podían ser aprovechados por cualquier organización pública.

A partir de diferentes capas de innovación, su desarrollo constituye un avance tecnológico altamente disruptivo, cuya implementación parte de la necesidad de que sea el propio Estado quien brinde medios eficaces e innovadores, que sean idóneos para generar un impacto en la sociedad en su conjunto.

Prometea se caracteriza por tres grandes aspectos: I) Posee una interfaz intuitiva y amigable que permite “hablarle” al sistema o chatear a partir de un reconocedor de lenguaje natural; II) Opera como sistema experto con multiplicidad de funciones, que permite automatizar datos y documentos y realizar asistencia inteli-

gente; III) Utiliza técnicas de *machine learning* supervisado y de *clustering*, a partir de etiquetado manual y de máquina con *dataset* de entrenamiento, a efectos de realizar predicciones y/o detecciones en grandes volúmenes de documentación⁷.

Los beneficios de Prometea permiten reducir en forma exponencial el tiempo de la labor humana. Predice la solución a un caso judicial en menos de 20 segundos, con una tasa de acierto igual o superior al 90%. En materia penal, segmenta informes en función de su contenido y elabora documentos de manera automática, logrando una reducción de 250 días de trabajo en el año en tan solo 4 horas. Además, Prometea demostró que aumenta la precisión en la confección de documentos al minimizar –y en algunos casos eliminar– el margen de error.

Por otra parte, es capaz de crear conocimiento basado en evidencia de datos. Establece relaciones y vinculaciones entre reportes y datos cuya

suma de elementos posibles combinados arroja la cifra de 10 millones aproximadamente, una tarea que es imposible para un cerebro humano. Las tendencias e indicadores que surgen de Prometea son insumos fundamentales en la estrategia de persecución penal y en la confección de políticas públicas de prevención.

Uno de los aspectos más importante que presenta Prometea es la transparencia en su proceso de elaboración de resultados. Lo primero que debemos distinguir en inteligencia artificial son las cajas blancas de las cajas negras. Las cajas blancas son las que te aseguran transparencia en las decisiones, lo que significa que se pueda inferir o deducir una “explicación entendible” acerca de los criterios en que se basa para arribar a una determinada conclusión, sugerencia o resultado. Característica fundamental cuando se pretende utilizar sistemas de inteligencia artificial en el ámbito de la salud, libertad, seguridad, u otros derechos fundamentales.

En este sentido, todos los algoritmos que utiliza Prometea son trazables, evitando la configuración de “cajas negras”. En ningún caso, Prometea trabaja con algoritmos en los que no exista una forma técnica para determinar el paso a paso (la trazabilidad) acerca de cómo arriban al resultado, decisión o predicción, por lo cual cumple con las características de la XAI –inteligencia artificial explicable, por sus siglas en inglés– (sin perjuicio de otras tecnologías comunes como la síntesis de voz o el reconocimiento del habla). En efecto, Prometea analiza documentos de manera automática a partir del entrenamiento que le hayamos suministrado.

Debido a la difusión y a los casos de éxitos que alcanzó Prometea, la actual conducción del Ministerio Público Fiscal creó el Área de Innovación e Inteligencia Artificial a principios del año 2020 (Resolución FG N°4/2020 suscripta por el Fiscal General Dr. Juan Bautista Mahiques), a efectos de potenciar el sistema y que pueda ser

aprovechado por muchas unidades organizativas de Ministerio. Además, Prometea traspasó “las puertas” del Ministerio Público Fiscal, y se encuentra en pleno funcionamiento en otras instituciones, tanto en la Ciudad de Buenos Aires como en otras provincias del país.

El interés de la Provincia de Chaco sobre Prometea

En el año 2018, el Dr. Marcelo Gauna –a cargo del Juzgado de Procesos Ejecutivos, Concursos y Quiebras, de la Circunscripción 2 de la Provincia de Chaco– tuvo la posibilidad de conocer Prometea, y reparó en dos conceptos relacionados con el tipo de tareas que realizaba: “acciones repetitivas” y “automatización”. Esto fue fundamental para comenzar a pensar en todas las actividades que existían en su juzgado y segmentarlas bajo la premisa de aquellas tareas que son más mecánicas y más estandarizables, tienen una alta probabilidad de ser automatizadas.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chaco organiza el sistema judicial con un criterio de especialización por fueros. Del total de causas civiles y comerciales que ingresan anualmente a la Circunscripción Judicial 2, el 50% son juicios ejecutivos –en su inmensa mayoría– y procesos concursales; y el restante 50% se distribuyen con el resto de procesos (daños y perjuicios, cobros de pesos, sucesiones, entre otros).

El juzgado a cargo del Dr. Gauna funciona desde fines de 2010. Del 50% nombrado en primer término del párrafo anterior de las causas recibidas, el 99,7% son juicios ejecutivos, y el 0,3% restante son juicios por concursos y/o quiebras. En los últimos años previos a la pandemia, ingresaban un promedio de 2.000 causas ejecutivas, lo cual se redujo a la mitad durante el año 2020. Sin embargo, en el año 2021, se ha regresado a valores de pre pandemia. A partir de la posibilidad de estandarización y del volumen que presentan las causas, se concluyó que aquel programa

de inteligencia artificial podría ser perfectamente implementado.

En este contexto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco consideró de interés implementar Prometea en el sistema judicial de la provincia a fin de agilizar los procesos judiciales y mejorar el servicio a la comunidad. En consecuencia, el día 15 de marzo de 2021, se suscribió un convenio entre el Máximo Tribunal de la provincia y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, con el objetivo de que Chaco pueda contar con los beneficios de Prometea.

Situación del Juzgado de Procesos Ejecutivos, Concursos y Quiebras, de la Circunscripción 2

El Dr. Marcelo Gauna se autodefine como una persona de escasos conocimientos de tecnología e informática, y menos aún de programación. Tampoco cuentan en el tribunal con personal que posea dicha formación profesional. No obstante, ello no represen-

tó un escollo, debido a que el Área de Innovación e Inteligencia Artificial de la Ciudad de Buenos Aires asistió en forma permanente, y brindó ayuda en la elaboración de los árboles de decisión y en el diseño del sistema.

La primera intención del juzgado fue "abarcarse" todas las tareas "repetitivas" que realizaban, aunque pronto se concluyó que era necesario avanzar de a poco. Fue así que se decidió comenzar por la confección automática del "despacho monitorio". Se trata de un procedimiento judicial para la reclamación de deudas, que se presenta como un instrumento rápido, sencillo y eficaz, que comporta altos porcentajes de éxito en la gestión de cobro. No obstante, el cálculo de los intereses y honorarios aplicados a la liquidación definitiva a ejecutar suponían una importante carga laboral para la/el agente del juzgado.

En la provincia del Chaco, hace 15 años se aplica el proceso monitorio para los juicios ejecutivos (a partir de 2017, con la reforma del Código

Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco, se aplica también el proceso monitorio a otros juicios, como división de condominio, desalojos y otros). A partir de la presentación inicial, se dicta en primer lugar una sentencia anticipada y se ordena el embargo correspondiente. Luego de la notificación a la parte demandada, se abre la instancia contradictoria en la cual el demandado que se presente, debe llevar adelante la instancia de oposición a aquel despacho monitorio inicial.

Trabajar con este desarrollo, obligó a realizar un diagnóstico preciso del tribunal, con el análisis de las estadísticas que arrojaba el trabajo diario. Así se advirtió, que la parte demandada sólo se presenta a juicio en el 2% de las causas, y que existe una oposición real al despacho monitorio –que se refleja en el rechazo final de la demanda ejecutiva–, sólo en el 0,5% de las causas.

Esto vislumbró que el trabajo diario de llevar a cabo las ejecuciones tie-

ne un altísimo grado de certeza, y que era posible avanzar en el desarrollo de un sistema de inteligencia artificial, cuya base sea una plantilla de decisiones previamente tomadas en base a diferentes variables que se puedan presentar, pero que ya han sido analizadas por el magistrado interviniente.

También fue importante comprender que el desarrollo tiene un bajo impacto de contradicción (de acuerdo a las estadísticas mencionadas). Este concepto fue incluso advertido en las Jornadas de Derecho Judicial de la Universidad Austral, por Jaime Arellano, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), al referirse al desarrollo de sistemas de inteligencia artificial en la justicia.

En opinión del Dr. Gauna, se cumplen con los estándares necesarios para el desarrollo de Prometea en los procesos ejecutivos –trabajo repetitivo, baja contradicción y automatización– y, luego de certificar el

correcto funcionamiento en la elaboración de los despachos monitorios, está convencido que se debe avanzar en otras tareas, con el objetivo de poder transitar todo el proceso ejecutivo con inteligencia artificial, teniendo en cuenta que son pocos los pasos procesales necesarios hasta la percepción total del crédito reclamado (despacho inicial, despacho monitorio, embargo, planilla de cálculos de intereses y gastos, y pago).

Diseño, desarrollo e implementación de Prometea

La cantidad de modelos existentes para las distintas hipótesis fácticas y el cálculo de los intereses y honorarios aplicados a la liquidación definitiva a ejecutar, significaban una importante carga laboral para la/el agente del juzgado. En este escenario, se confeccionaron dos árboles de decisión en el que se establecieron los caminos asociados a las distintas hipótesis fácticas del proceso ejecutivo.

El primer árbol reflejó el control formal que se realiza sobre el instrumento utilizado para impulsar la demanda. El diseño arrojó 17 modelos posibles. Los distintos caminos del árbol están dados por la existencia o no de elementos como lugar y fecha, nombre, monto y firma (Ver gráfico 01).

El segundo árbol refleja el proceso de ejecución de la demanda, que arrojó 9 modelos de sentencias. Depende de la fecha de vencimiento del instrumento, de cómo han sido pactados los intereses y, principalmente, de cuál es el monto de la demanda. Con esto último, Prometea determina automáticamente el monto correspondiente al interés de la ejecución y los honorarios de los letrados y apoderados (Ver Gráfico 02).

Otro aspecto importante es que a partir de la gobernanza de datos se identificó que del total de ejecuciones efectuadas por el juzgado, el 60% aproximadamente provenían solo de dos actores. En consecuencia, Prometea diseñó un acceso directo a fin

de que la/el agente judicial acorte el camino genérico establecido del proceso de ejecución y ahorre dos preguntas en el diálogo con el agente conversacional.

Por último, Prometea brinda la posibilidad de que la persona modifique el monto del salario mínimo vital y móvil (SMVM). Esta cifra, se utiliza en todos los casos para determinar los honorarios de los letrados y apoderados. En Argentina, el monto suele cambiar con frecuencia por cuestiones inflacionarias principalmente. La/el agente judicial tiene la posibilidad de modificar esta cifra en el sistema cuantas veces quiera sin necesidad de recurrir a la persona que administra el sistema.

En síntesis, a través de su agente conversacional, Prometea genera un diálogo que con unas pocas preguntas ofrece el documento correspondiente a la/al agente jurídico, sobre la base de las respuestas ingresadas (Ver imagen 03). Entre los beneficios asociados de la implementación de Pro-

metea en el juzgado se destacan:

- **Ahorro de tiempo laboral.** El tiempo destinado a la elaboración de documentos se reduce ostensiblemente. Las mediciones arrojaron los siguientes resultados: La confección de un documento sin Prometea demanda aproximadamente 60 minutos, con Prometea tan solo 3. En 2.000 documentos que el juzgado realiza en un año, el ahorro es de 1.900 hs. de trabajo, lo que se traduce en 320 días.
- **Ausencia de errores de tipeo y de cálculo en la confección de los despachos monitorios.** La precisión en los datos es óptima, debido a que se reduce el ingreso manual de ellos. Prometea trabaja con un set de modelos y datos ingresados previamente, y cuenta con un procedimiento interno automatizado, de manera tal que la/el agente judicial no deba realizar cálculos por sí misma.
- **Garantía del principio de igualdad.** La unificación y estandarización de documentos asegura la realización

del mismo cálculo para el mismo monto reclamado.

- **Claridad en el proceso y simplificación en el cobro de intereses.** Prometea hace un cálculo de intereses en función de la fecha de la mora y los montos que se aplican al embargo ya están actualizados.
- **Optimización en la división de trabajo.** El ahorro de tiempo que genera Prometea permite mayor dedicación a la producción de tareas que requieren un esfuerzo cognitivo más elevado.
- **Experiencia del usuario.** Prometea conduce al usuario de manera inteligente hacia la obtención de un resultado. Otorga comodidad en la carga de datos y aporta autonomía a la/al agente judicial en la realización de sus tareas.

Testimonio del Dr. Marcelo Gauna

Todos los juzgados arman un archivo de modelos y los encargados de con-

feccionar los despachos les lleva un tiempo importante ubicar el modelo que mejor se adapte a la situación planteada, dado que se van haciendo modelos y más modelos de las situaciones que se van presentando, y llega un momento que hay un desorden generalizado en el archivo de modelos. Quizás hay algunos trabajadores que son más organizados y han hecho su propio archivo para trabajar en forma más rápida.

Con la llegada de Prometea, nos vimos obligados no solamente a depurar la cantidad de modelos alternativos sino también hacerlos más sencillos de forma que se abarquen todas las circunstancias posibles al momento de confeccionar un despacho monitorio. Lo que se alcanzó con Prometea fue obtener un modelo determinado en función de la circunstancia, siendo Prometea quien realiza la búsqueda del modelo correspondiente, función que antes realizaba el operador judicial. Dicho trabajo les podía llevar una hora, esto abarcaba la búsqueda del mode-

lo correcto, y la identificación de las variables a completar, entre otros. Actualmente con la asistencia de Prometea el trabajo les podría llevar tres minutos.

Con respecto a los honorarios del letrado y del apoderado, el cálculo llevaba mucho tiempo y se cometían muchos errores, provocado por el cansancio natural de los agentes en el trajín diario. Son cálculos que requieren mucha concentración y los atrasaba mucho. En relación con los intereses aplicados –por costumbre histórica del poder judicial– para costas provisionales e intereses se sacaba un 40% del monto reclamado del capital. Esto es una facultad que tiene el juez. Es decir, al dictar el despacho monitorio se fijaba el 40% para intereses y gastos. No obstante, ese monto quedaba siempre muy desactualizado en comparación a la tasa de interés anual de nuestro país, y los gastos de notificación de embargo, entre otros, les generaba un costo adicional a los Ministerios Públicos.

Con la asistencia de Prometea se eliminaron los errores en el cálculo de honorarios, y para estimar los intereses el sistema arroja un cálculo aproximado, que permite que el demandado sepa que no es el capital más el 40%, sino el capital más unos intereses que se acercan bastante a la realidad, ya que calcula los intereses de acuerdo a la fecha de la mora y los montos que en definitiva se notifican al deudor están actualizados, lo que aporta claridad del proceso y simplifican el cobro de la acreencias. A modo de ejemplo, con un monto reclamado de \$150.000 con fecha de vencimiento 01/05/2015, Prometea calculó \$ 355.200 de intereses al 31/03/2021. Es decir, que el demandado se entera en la primera notificación que debe un monto muy cercano a la realidad, que incluso se podría perfeccionar con la tasa activa del Banco Nación.

Este desarrollo es posible aún con juzgados que no cuenten con programadores o equipos suficientes de tecnología, ya que el Ministerio Pú-

blico Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires que conduce el Dr. Mahiques cuenta con un equipo de trabajo de excelencia, y con una predisposición absoluta que nos facilita todo. Estamos profundamente agradecidos, y nos sentimos muy cómodos con este esquema de colaboración. ■

CITAS

¹ FERNÁNDEZ, ANA LAURA, GONZÁLEZ, MARIANA L. (2020) “Empleo público en Argentina: características y cambios en su composición y formas de contratación entre 2003 y 2018”. Trabajo y Sociedad. Sociología del trabajo- Estudios culturales- Narrativas sociológicas y literarias. Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas (Caicyt-Conicet) N° 35, Vol. XXI, invierno 2020, Santiago del Estero, Argentina ISSN 1514-6871 [En línea] <https://www.unse.edu.ar/trabajosociedad/35%20AA%20FERNANDEZ%20y%20GONZALEZ%20MARINA%20Empleo%20publico.pdf>. [Consulta: 21/07/21].

² PALMA, LUIS MARÍA (2016), “E-Justicia

Latinoamérica International Conference In Buenos Aires”, International Association for Court Administration –Newsletter, International Association for Court Administration (IACA), volumen 3, número 1, Louisville, Kentucky, Estados Unidos de América, pp. 12-13 [En línea] <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S018660281730035X?token=-613F8F023BA0FAF520F6765553B257C405DAB9FDEDED99D78B488CFCE1A292ABC0D9D8BFD015C7D8C42C91C049FF805A3F&originRegion=us-east-1&originCreation=20210827001414>; [Consulta: 27/08/21].

³ IBIDEM [En línea] <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Servicios-publicos-y-gobierno-digital-durante-la-pandemia-Perspectivas-de-los-ciudadanos-los-funcionarios-y-las-instituciones-publicas.pdf> [Consulta: 12/06/21].

⁴ Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral de la administración de la Justicia. “EL ROL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA”. Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA • Año 9 • N° 16. [En línea] <https://inecip.org/wp-content/uploads/>

Inecip-Sistemas-Judiciales-N%C2%BA-16.pdf [Consulta: 21/07/21].

⁵ IBIDEM [En línea] <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Servicios-publicos-y-gobierno-digital-durante-la-pandemia-Perspectivas-de-los-ciudadanos-los-funcionarios-y-las-instituciones-publicas.pdf> [Consulta: 12/06/21].

⁶ Transformación digital y empleo público. El futuro del trabajo del gobierno. [En línea] <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Transformacion-digital-y-empleo-publico-El-futuro-del-trabajo-del-gobierno.pdf> [Consulta: 12/07/21].

⁷ Innovación e inteligencia artificial. En el marco de las investigaciones sobre tecnologías disruptivas que transforman organizaciones a nivel mundial nació PROMETEA, una Inteligencia Artificial creada en Argentina, en el ámbito del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (2017) [En línea] <https://mpfciudad.gob.ar/institucional/2020-03-09-21-42-38-innovacion-e-inteligencia-artificial> [Consulta: 27/08/21].

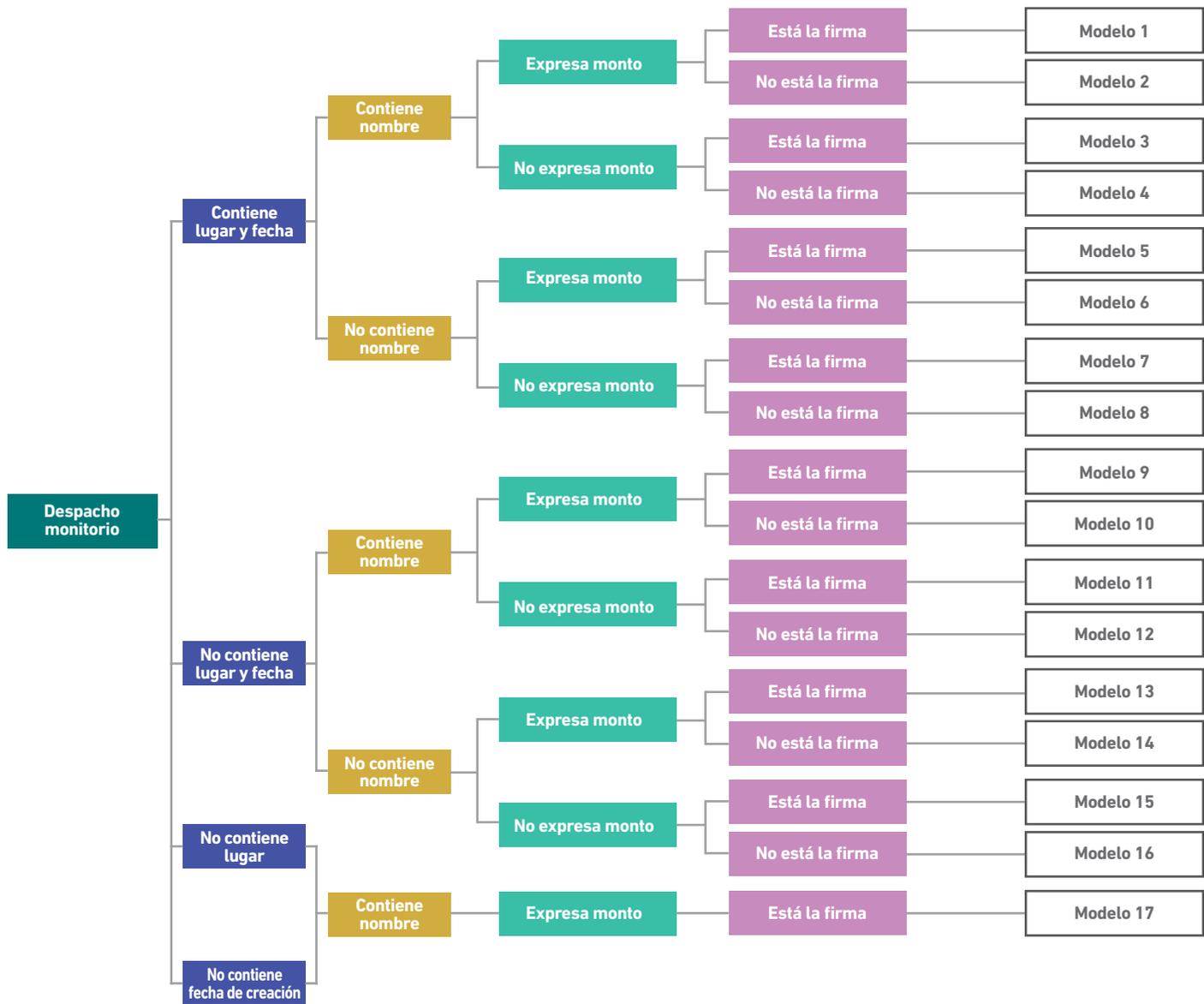


Gráfico 01 - Árbol de decisión para el control formal en un despacho monitorio



Gráfico 02 - Agente conversacional de Prometea

Gráfico 03 - Hipótesis fácticas del cálculo de honorarios de letrados y apoderados en el despacho monitorio

HIPÓTESIS	HONORARIO DEL LETRADO	HONORARIO DEL APODERADO
Supera el monto de \$135.000 (Ejemplo: \$140.000)	$\$140.000 \times 16\% =$ $\$22.400 \times 80\% = \17.920	$\$17.920 \times 40\% = \7.168
Al superar el monto demandado el cincuenta por ciento (50%) del SMVM (\$10.800), y ser inferior a 1 SMVM (\$21.600), corresponde regular los honorarios conforme al equivalente al 50% del SMVM. (Ejemplo: \$20.000)	$\$10.800 \times 80\% = \8.640	$\$8.640 \times 40\% = \3456
Al superar el monto demandado el cincuenta por ciento (50%) del SMVM (\$10.800), y ser inferior a 1 SMVM (\$21.600), corresponde regular los honorarios conforme al equivalente al 50% del SMVM. (Ejemplo: \$50.000)	$\$10.800 \times 80\% = \8.640	$\$8.640 \times 40\% = \3456

Inteligencia artificial, sí o no: un falso dilema

myf

62



Dr. Ezequiel **Zabale**

*Juez de Primera Instancia de Distrito
de la 3ª Nominación de Rosario.*



Dr. Luciano A. **Ballarini**

*Juez de Primera Instancia de Ejecución Civil
de Circuito de la 2ª Nominación de Rosario.*

I. Introducción y ejemplos contrafácticos

I.1. Un secretario llega a su despacho, toma un expediente recién iniciado y realiza la revisión habitual previa al primer decreto. Es un simple título ejecutivo, un pagaré. Examina los requisitos mínimos del instrumento, controla el impuesto de sellos y sellado de demanda. En ese acto, ingresa un proveyente con una consulta, el secretario la evacúa rápidamente, retoma el expediente y no recuerda si había calculado el sellado. Vuelve a su calculadora. Luego se fija si no existe un supuesto de incompetencia por aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y pasa el expediente para que se provea.

Sencillo, rápido y habitual. Lo que no sabe ese secretario es que, en esos primeros minutos de su mañana, en ese simple y sencillo expediente, debió analizar al menos quince elementos distintos, cada uno con dos alternativas posibles como mínimo, lo que arroja que evaluó y tomó al

menos treinta decisiones, junto al primer café de la jornada. No sería gran cosa si fuera el único expediente de ese secretario, pero sabemos que no es así.

I.2. Imaginemos ahora que ese mismo secretario llega a su despacho, toma aquel expediente ejecutivo recién iniciado, lo pasa por el lector de la computadora y en la pantalla aparece una indicación que le resume que no es materia de consumo, que todos los sellados, impuestos y boletas colegiales fueron repuestos. Junto a ello, una indicación en color rojo le advierte que el sistema no halló en el pagaré la fecha y lugar de libramiento. El secretario examina el instrumento y confirma o desecha la omisión que advirtió el sistema y lo pasa para proveer lo que corresponda.

Recién luego de ello ingresó aquel proveyente con la consulta puesto que, en este último supuesto, al secretario y su asistente informático les tomó sólo diez segundos la revisión completa. Quedó así tiempo para eva-

luar la consulta con el tiempo que requería el proveyente.

I.3. Una jueza toma un expediente con un incidente a resolución. Apenas finaliza de leer los argumentos de las partes, recuerda que había leído otro caso análogo que resolvía la controversia en el sentido que ella cree que corresponde. Para confirmar su parecer ingresa al buscador de jurisprudencia en línea, pero luego de diez minutos de revisión de los resultados no encuentra el antecedente buscado. Recuerda ahora que, tal vez, leyó aquél fallo para la investigación del curso de actualización que está realizando. Si, seguramente tengo la cita anotada en mis apuntes del curso, se dice. Los apuntes están en su domicilio, por lo que decide consultarlos por la tarde. El incidente es acomodado al costado del escritorio y continúa con el próximo caso a resolver.

I.4. Imaginemos ahora que esa misma jueza, luego de leer los argumentos del incidente, pasa el expediente por el lector de la computadora y a los

pocos segundos el sistema le informa que encontró dos fallos con un 90% de probabilidad de tratarse de asunto análogo. La jueza ingresa en los fallos sugeridos, y apenas lee las primeras líneas de uno de ellos confirma que era el antecedente que ella buscaba en su memoria. Confirma su parecer y comienza a redactar su fallo.

Los escenarios descritos al punto I.2 y I.4 son actualmente posibles. Se brindarán a continuación algunas pautas para arribar a ellos.

II. Panorama general. Diferencia entre Sistemas Expertos, Machine Learning, IA de “caja negra” o “caja blanca”.

La expresión conceptual “inteligencia artificial” -IA- es amplia y se utiliza en general para identificar diferentes formas en que las herramientas TICs -Tecnologías de la Información y la Comunicación- apoyan la toma de decisiones humanas, que van desde seleccionar información hasta reempla-

zar la decisión humana por la decisión de la inteligencia respectiva.

Una herramienta TICs es un conjunto de tecnologías compuestas por la combinación de software, hardware, comunicación, datos y accesibilidad que nos permiten y facilitan el manejo de información y la comunicación de esa información en sus diversas formas. Si bien el concepto de inteligencia artificial es anterior al surgimiento de las herramientas TICs, el primero es los 60 mientras que el segundo es de los 2000, la potencia real de proceso en materia de IA fue potenciada a partir de la revolución tecnológica que supuso la década del 2000-2010, pues antes de estas fechas se trataba más de desarrollos teóricos. La capacidad de manejo masivo de datos, la minería de datos, la perfección de los sistemas expertos, la disponibilidad de la información 24 horas, el análisis heurístico y otras formas sentaron las bases para abandonar el campo teórico en post del campo práctico.

El concepto de inteligencia artificial tiene varias clasificaciones dependiendo

los diversos ángulos de estudio desde la que se aborda la cuestión, así no es lo mismo el abordaje para la ingeniería en sistemas que para la neurología. Desde la visión del desarrollo de sistemas podemos decir que existen al menos cuatro niveles de herramientas TICs englobadas bajo el concepto de IA.

La primera acepción de IA refiere a los sistemas de apoyo a la toma de decisiones -DSS en Ingles- donde a través de la herramienta TICs se realizan análisis de las diferentes variables existentes sobre determinados modelos para ayudar a la persona humana a tomar una decisión. En general son herramientas utilizadas en el área de los negocios, la simulación de empresa y mercado simples.

Por encima de los DSS se encuentran los sistemas expertos que van a un paso adelante y toman una decisión sobre determinadas cuestiones a partir de su base de información y conocimiento, cuanto más amplia la base de conocimiento más respaldo de datos y de expertice tendrá la toma de decisio-

nes. Aquí hay algunas simbiosis y dependiendo las áreas de trabajo a veces se trata de sugerir decisiones y en otros casos directamente de indicar la decisión, así por ejemplo en el área de la medicina es muy común encontrar sistemas que hacen diagnósticos automáticos a partir de imágenes.

Más avanzado aun es el concepto de Machine Learning -ML- que básicamente se traduce como aprendizaje de máquinas y viene dado por aquellas herramientas TICs que tienen un feedback interno y externo permanente de forma tal que retroalimentan su base de datos y conocimiento con los antecedentes que ellos/as mismas realizaron e intercambian información automática con otras máquinas para mejorar el aprendizaje. El concepto de machine learning es hoy uno de los campos esenciales de estudio de la IA.

Hasta aquí y en todos los casos, los modelos previos responden a una serie de opciones, algoritmos, procesos y procedimientos cuyas reglas han sido determinadas por los creadores de

la herramienta y que pueden ser modificadas y parametrizadas en cada caso y para cada circunstancia.

Finalmente, por encima de todos tenemos el concepto de Inteligencia Artificial propiamente dicho que es la simulación de la inteligencia humana, capaz de acumular experiencias y tomar decisiones en forma autónoma incluyendo la posibilidad de modificar las reglas impuestas para la toma de decisiones.

Luego existen dos conceptos relativamente transversales que son los de "caja negra" y "caja blanca". En el primer caso las reglas para la toma de las decisiones y los datos sobre los que se basa la toma de decisiones no son accesibles para auditoría ni control, en el segundo caso las reglas y los datos son accesibles lo que permite desarrollar los procesos de auditoría y mejora continua. Existe abundante y firme posición de los organismos internacionales a procurar sistemas de inteligencia artificial de "caja blanca" dado que se apoya el control de los mismos y se tiende al gobierno digital abierto.

III. Marco de actuación posible de la IA a corto plazo en el sistema judicial.

El primer decreto de una ejecución de pagaré requiere el control de 10 requisitos sólo de índole procesal y fiscal con 31 opciones y consecuencias posibles. No se incluyen en el relevamiento expuesto requisitos de la normativa de fondo.

Una orden de pago exige el control de 7 requisitos procesales y fiscales, con 20 alternativas posibles. Ello, sin ingresar siquiera al control de los montos, conceptos y beneficiarios del pago (que consta de 6 elementos más).

A modo de muestra, en un juzgado analizado ingresaron en el año 2018 un promedio de 33 expedientes nuevos por día laborable, dividido dos personas proveyendo, arroja que cada una debió tomar un promedio de 1.023 decisiones por día (127 opciones por hora en base a jornada de 8 horas). Ello sólo en relación con las demandas nuevas ingresadas en un día.

Similar análisis se realizó sobre los datos que requiere un proceso simple ejecutivo. A modo de ejemplo, el dato “carátula” es utilizado al menos 6 veces (Sentencia, Regulación honorarios, Orden de pago, Oficio de orden de pago, Embargo, Oficio de embargo). El dato “demandado” es utilizado al menos 4 veces (Cédulas, Sentencia, Embargo, Oficio de embargo). Tal repetición implica que abogados/as litigantes y los juzgados reingresan dicha información reiteradas veces con el consiguiente riesgo de errores.

Dicho tiempo y esfuerzo es perfectamente factible que sea realizado, de manera eficiente y segura, por un sistema basado en IA

Además del ahorro de recursos, debemos preguntarnos: ¿Cuánto tiempo puede una persona tomar 1023 decisiones por día antes de cometer un error por cansancio o desconcentración?

Es éste, y tantos otros de similares características en distintos fueros y procesos, el campo propicio para comen-

zar a implementar sistemas IA en las jurisdicciones locales, a corto plazo.

No debe pensarse en una incorporación masiva y absoluta a todo proceso judicial o a todas sus etapas, en general las experiencias muestran que los métodos de toma de apoyo a la toma de decisiones y los sistemas expertos prestan muy buenas funciones en los procesos ejecutivos y en el campo de las sucesiones. En contrario, no han demostrado gran utilidad en campo como el derecho de familia o en materia de derecho de daños, salvo para los sistemas de cuantificación del daño cuando los mismos son por fórmula o algoritmo.

Hubo algunas experiencias en la incorporación de modelos de IA -en sus diferentes niveles- para la toma de decisiones en el campo del derecho penal y las experiencias no han sido satisfactorias. Los riesgos de aplicar IA a todos los procesos judiciales están siendo estudiados actualmente en todo el mundo y se presentan reparos que son atendibles, la Unión Europea ya habla

del Derecho a la Decisión Humana y/o a la Cuestión Decidida por Humanos.

Pero nada obsta a realizar una implementación gradual y focalizada, allí en las tareas específicas donde un sistema inteligente puede mejorar sin riesgos el servicio de justicia, tal los ejemplos que mencionábamos.

Así como el legislador procesal no aplicó el trámite ordinario a todas las controversias, sino que realizó una ponderación de los valores y materias en juego; también debe ponderarse que en todo trámite judicial existe una enorme cantidad de elementos cuyo control puede ser automatizado cumpliendo la persona humana una función supervisora únicamente.

IV. Temores en relación con la IA

No se asume una postura inocente negadora de los riesgos de un sistema IA, sino de contextualizar las principales críticas que se realizan en relación dichos sistemas en el servicio de justicia.

Uno de los reparos que ya mencionamos es la delegación de facultades de funcionarios y jueces en una máquina, que en algunos casos puede que no sepamos por qué hace lo que hace, cuáles son las reglas y parámetros y sobre qué base de conocimiento actúa.

Sobre dicha objeción cabe aclarar que, al dictarse un decreto o una sentencia, se exponen fundamentos por parte de la jurisdicción. Esos fundamentos son los que garantizan el derecho de defensa y el debido proceso en su aspecto esencial e irrenunciable. En materia de I.A, la única forma de poder ejercer dicho derecho es contar con acceso a la regla, a la base de conocimiento y a la auditoría sobre dicha base.

Asegurado ello, ninguna lesión constitucional se produce por la diferencia entre los fundamentos que se expongan luego de buscar manualmente cinco horas jurisprudencia y doctrina en una biblioteca, o de revisar dos horas las bases de datos jurídicas en línea, o de acceder en minutos de manera automática a los antecedentes

jurisprudenciales buscados por un sistema inteligente.

Otra objeción habitual es la discriminación algorítmica que podría producirse si el sistema IA buscara sólo antecedentes que vayan en una tendencia o en otra.

A ello debe aclararse que nada asegura, en el sistema actual de justicia, que un/a juez/a o funcionario/a agote absolutamente toda la bibliografía sobre un tema previo a dictar su resolución. Nadie sabe, actualmente, si se le dedicó a una sentencia o a un decreto cinco días de búsqueda reflexiva de todas las posturas posibles sobre el tema o si se resolvió en base al primer resultado hallado en un libro, o incluso sobre estricta opinión personal.

Tampoco se asegura actualmente que toda la información sobre un asunto pueda ser hallada en un momento determinado por un/a juez/a o funcionario/a. Las bases de datos jurisprudenciales en línea (gratuitas o con abono) no incorporan, ninguna de ellas, abso-

lutamente todas las resoluciones que se dicten en todas las jurisdicciones. Menos aún logran un panorama universal los libros y revistas jurídicas en soporte papel. Peor aún, dicho soporte no permite una actualización apropiada del contenido.

En definitiva, el peligro de discriminación algorítmica no dista mucho del actual peligro de decisiones judiciales basadas en elementos sesgados, con intención o no, por operadores jurídicos humanos.

Por ello, el bastión constitucional es y será, la exposición de los fundamentos utilizados en la decisión, y no, como se pretende, la negativa de incorporar sistemas de IA o de achacarles falencias que actualmente ya están presentes en el servicio jurisdiccional actual.

V. Pautas básicas de implementación

Se sugieren a continuación algunos elementos concretos a considerar a

fin de una implementación de IA en sus diversos niveles en ámbitos judiciales, sin que pretenda ser una enumeración cerrada o completa, sino un simple disparador para comenzar el camino.

VI. Implementación colaborativa

Resulta fundamental la intervención activa de los/as abogados/as y sus Colegios profesionales desde el comienzo del proyecto. Ello debe procurarse mediante la recopilación honesta de sus necesidades y prioridades en tanto elemento esencial del sistema de justicia y destinatarios inmediatos del servicio.

Es esencial proveerles todas las herramientas para que puedan rápida, fácil y económicamente incorporar información de calidad en sus presentaciones digitales y que la misma pueda ser fácilmente recuperada, analizada y enlazada por el órgano jurisdiccional, por los/as profesionales y por las herramientas TICs de

IA en apoyo a la toma de decisiones. Es que la información que los profesionales ingresan resulta invaluable para un eficaz y correcto funcionamiento de los sistemas y para ello se requiere que la misma se encuentre disponible 24/7, en abierto y en formato flexible.

Debe destacarse el trabajo interdisciplinario como elemento fundamental para el diseño, desarrollo, implementación y mejora de los sistemas inteligentes. La interdisciplina no se presenta cuando sólo profesionales del derecho le indican a ingenieros o programadores el producto que desean, sino cuando existe una apertura recíproca y democrática de las ciencias involucradas desde la ideaación misma.

VII. Campo de actuación

Como decíamos antes, no en todos los procesos podemos usar modelos y herramientas IA e incluso dentro de los procesos en que aceptá-

ramos aquel uso quizás podríamos restringir su aplicabilidad a ciertos y determinados ámbitos, por ejemplo, no hay ningún impedimento para realizar notificaciones automáticas e inteligentes en todo tipo de proceso judicial.

Podríamos decir que la aplicación debe comenzar por los siguientes aspectos:

Control de elementos administrativos y fiscales de los procesos judiciales civiles;

Control de requisitos de la legislación de fondo o procesal que resulten fácilmente detectables por sistemas inteligentes -ej. Elementos básicos de un título ejecutivo; contenido mínimo de una verificación de créditos concursal, coincidencia entre poderes y nombres de las partes, etc.-;

Asistencia automática en la búsqueda de precedentes jurisprudenciales aplicables al caso;

Asistencia en apoyo a la toma de decisiones en la recopilación de antecedentes similares y ampliación de la base de conocimiento;

Notificación automática e inteligente;

Análisis de procesos por arbolado lo que permite establecer estructuras de trabajo sobre uno o más procesos judiciales.

VIII. IA y modelos actuales de gestión de la justicia.

Llegado este punto debemos señalar que el modelo actual de gestión de herramientas TICs en la justicia de Santa Fe y otros tantos sistemas judiciales del país no están diseñados de origen como para soportar el agregado de un modelo de gestión basado en cualquier grado de IA.

Existen para ello varios impedimentos, siendo los más importantes el tipo de herramienta y la forma de almacenamiento de los datos.

La herramienta TICs no es abierta y no soporta modelos de gestión abierta ni de agregados que permitan direccionarla como herramienta de apoyo a la toma de decisiones en cualquiera de sus niveles.

El modelo de trabajo en documentos con formato con extensión PDF resulta obsoleto pues la única forma de contar con una base de conocimiento suficientemente fuerte para la toma de decisiones, el apoyo a la toma y/o la implementación de sistemas expertos requiere un esquema de datos de rápida lectura, análisis e interrelación, todas características para los cuales no fueron pensados ni desarrollados los estándares PDF.

Ello no implica que no puedan generarse reformas suficientes, con instrumentación colaborativa para poder comenzar a aplicar los modelos IA a los campos de trabajos pre mencionados.

IX. Conclusiones

Dilema es una situación en la que es

necesario elegir entre dos opciones igualmente buenas o malas.

El contundente contraste de los escenarios relatados al comienzo del presente, dan cuenta que la opción correcta es clara y es única. No puede dudarse en la necesidad de incorporar herramientas TICs basadas en IA en sus distintos grados para permitir que abogados/as, funcionarios/as y magistrados/as hagan un uso óptimo del único recurso con el que toda la humanidad comparte por igual, el tiempo.

No se pregona la IA como una solución mágica para los sistemas de justicia, sino como una herramienta actualmente disponible que puede representar una mejora notable del servicio de justicia.

Las cuestiones administrativas, fiscales, procesales y de fondo estandarizables en los procesos civiles son un campo fértil para la implementación.

La asistencia decisional mediante la

búsqueda automática de precedentes jurisprudenciales sobre la controversia de autos resulta otro punto fuerte para una implementación a corto plazo.

La colaboración de todos los actores (abogados/as, Colegios profesionales, integrantes del Poder Judicial en todos sus niveles,) y la interdisciplinaria son elementos fundamentales para una implementación exitosa.

El uso de sistemas de “caja blanca” permite una incorporación segura y elimina los grandes riesgos de los sistemas inteligentes. A su vez conlleva y dirige la acción del estado hacia los modelos de gobierno digital abierto.

Finalmente es prístina la necesidad de los poderes judiciales de asimilar la tecnología como parte del proceso de gestión y de incorporar modelos de gestión y mejora permanente con apoyo en las diferentes herramientas TICs que se encuentran disponibles para el cumplimiento de las

Metas 16.6 y 16.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas. ■

BIBLIOGRAFÍA

- ANLLO, GUILLERMO; CORVALÁN, JUAN G; COSTILLA, OMAR; ENCISO TONATIUH; GAYTAN; FRANCISCO; LE FEVRE, ENZO; MARTÍNEZ YOLANDA; MATA, SUSANA; PAREDES MIGUEL; VEGA, MARCO, “*Cumbre de Inteligencia Artificial de América Latina 2020, Estados Unidos*”, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Tecnológico de Massachusetts, Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, Rimac Seguros y Reaseguros, 2020 [en línea], <https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2021/01/AI-BOOK.pdf> [consulta:julio 2021]
- CHAVES JÚNIOR, JOSÉ EDUARDO; “*El Expediente en Red y La Nueva Teoría General del Proceso*”, Biblioteca Digital de E-Justicia Latinoamérica; [en línea]; <http://wp.me/p4n5ZR-6n>; [consulta: mayo 2021]

- CORVALÁN, JUAN GUSTAVO, “*Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas*”, Editorial Astrea, 1ª ed, 2019, [en línea], https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2019/05/prometea_oea.pdf, [consulta: mayo 2021]
- MARTÍNEZ BAHENA, GORETTY C., “*La inteligencia artificial y su aplicación al campo del derecho*” [en línea], <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf> [consulta: mayo 2021]
- O.N.U. “*Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible. Objetivos de Desarrollo Sostenible: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas*”, [en línea] <https://www.un.org/sustainable-development/es/peace-justice/> [consulta: julio 2021]
- TORRES MANRIQUE, JORGE I., “*Análisis de la relación entre la inteligencia artificial y el derecho. Hacia el arribo del derecho de los robots*”; 31-ene-2020, Microjuris, [en línea], <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/03/05/analisis-de-la-relacion-entre-la-inteligencia-artificial-y-el-derecho-hacia-el-arribo-del-derecho-de-los-robots/>, MJ-DOC-15194-AR | MJD15194 [consulta: julio 2021]

La Inteligencia Artificial como herramienta de apoyo a la labor judicial



Dr. José Ignacio **Lizasoain**

*Juez del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial N° 1
en lo Civil y Comercial de la 9ª Nominación de la ciudad de Santa Fe.*

myf

73

Introducción

La inquietud por incorporar herramientas de Inteligencia Artificial (IA) a la actividad jurisdiccional no es novedosa¹, aunque su implementación no haya sido un asunto prioritario el Estado.

Pero hoy la tecnología ocupa un espacio relevante en la agenda judicial debido a la situación sanitaria, y es por ello que a nivel local la Corte Suprema viene realizando significativos avances en materia de digitalización, que contribuyeron a sostener la prestación del servicio cuando la presencialidad no era posible, y que en el retorno progresivo a la normalidad se encuentran consolidados.

Ese impulso sostenido puso en evidencia las potencialidades de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), lo que obliga a preguntarse qué beneficios puede reportar la IA en nuestro ámbito.

Inteligencia Artificial

En 1956 John McCarthy, en el Dart-

mouth College de Hanover, New Hampshire, acuñó el término “inteligencia artificial” en la que se considera la primera conferencia dedicada al tema², y en referencia a la capacidad de las máquinas para resolver problemas que hasta entonces sólo podían ser abordados por humanos, imitando sus funciones cognitivas.

Así, se ha definido a la IA como la ciencia que, a través de la utilización de algoritmos (esto es, un conjunto preciso de instrucciones o reglas o una serie metódica de pasos que puede emplearse para hacer cálculos, resolver problemas o tomar decisiones), es capaz de lograr objetivos complejos³. Esta tecnología básicamente se centra en la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir⁴.

Uno de los referentes en la incorporación de herramientas de IA a la actividad judicial en Argentina, Juan G. Corvalán, explica que así como existen

diversos tipos de inteligencia humana, también hay varias clases de sistemas de IA, que además utilizan múltiples técnicas, siendo algunos trazables y otros no, y que “se llama automatización a los sistemas de inteligencia artificial menos sofisticados o menos complejos, desde el punto de vista de la programación. P. ej., cuando entrenamos un sistema para que cuente plazos procesales. Otros sistemas más complejos utilizan aprendizaje automático para detectar patrones relevantes y, sobre esa base, tomar una decisión o elaborar una predicción. Y, por último, están los sistemas de IA más sofisticados que usan redes neuronales y pueden autoaprender, incluso, sin supervisión humana”⁵.

La aplicación de IA al ámbito jurídico

En el año 2016, BakerHostetler, uno de los estudios jurídicos más importantes de Estados Unidos, anunció que había contratado el primer abogado robot, llamado Ross, para que asista a sus

integrantes en los procesos de insolvencia, y explicó que su flamante “empleado” contaba con la habilidad de examinar, mediante el uso de IA, miles de documentos legales para reforzar el trabajo de la firma⁶, lo que llevó a algunas personas a vaticinar que en el futuro, “no usar este tipo de sistemas será visto como algo tan anticuado, e incluso irresponsable, como lo sería hoy escribir una opinión legal en una máquina de escribir mecánica”⁷.

Por su parte, la actividad judicial es un campo fértil para la implementación de herramientas motorizadas por la IA, y las experiencias recientes así lo demuestran.

En efecto, así como en Argentina el sistema Prometea introdujo de manera activa la IA en los procesos judiciales, permitiendo a la Fiscalía General de la ciudad de Buenos Aires, entre otras cosas, contar con predicciones sobre la solución de un caso en menos de 20 segundos, con una tasa de acierto del 96%, mediante el análisis de los expedientes digitalizados y

sentencias y dictámenes anteriores⁸, desde hace unos años y en forma creciente operan en todo el mundo, ya sea de forma permanente o como pruebas piloto, tanto en organismos públicos como en ámbitos privados, sistemas de IA que contribuyen al desarrollo de la actividad de quienes ejercen la abogacía o la magistratura.

De ello da cuenta la Comisión Europea por la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa, que ha recopilado las distintas experiencias de ese continente, destacando las de Austria, Inglaterra, Gales, Francia, Letonia y Países Bajos⁹.

En Estados Unidos existen aplicaciones de IA para la evaluación del riesgo de reincidencia, en España para indicar el grado de veracidad de las denuncias sobre delitos de hurto y robo, en Brasil para encontrar soluciones a casos idénticos a los ya fallados por los tribunales superiores, en China para responder en lenguaje no jurídico más de 40.000 preguntas sobre litigación, en Estonia se pretende

sustituir al ser humano en la toma de decisión de causas de menor cuantía, aunque sujeta a revisión humana en grado de apelación, y en Colombia la Corte Constitucional ha implementado el sistema Prometea para un primer análisis de ciertas causas que llegan a su conocimiento¹⁰.

Desarrollos acordes con la realidad local

Si bien las aplicaciones reseñadas encuentran explicación en el desarrollo exponencial¹¹ de la IA en los últimos años, no debe perderse de vista que los Estados (al igual que las empresas) no pueden servirse de sus beneficios sino en la medida en que cuenten con el entorno y los recursos apropiados.

Como para muestra basta un botón, es conocido que desde hace un tiempo en ciertos países circulan vehículos autónomos, paradigmas de la aplicación de la IA pero no ocurre lo mismo en los que para ello requieren significativas mejoras infraestructurales, cul-

turales, sociales o económicas, donde la temática no integra la agenda de los organismos públicos, al menos como objetivo de realización inmediata.

Es el caso, por ejemplo, de América Latina, que en la materia presenta esfuerzos apenas incipientes¹², lo que de algún modo explica la ajenidad de los desarrollos más avanzados de IA a nuestro Poder Judicial¹³, pues es sintomática de esa misma realidad generalizada.

Reconocer ese contexto es el primer paso para implementar tecnologías apropiadas para la obtención de mejoras tangibles, ya que “si nuestro entusiasmo se aloja en una pretensión de transformación totalizante corre el riesgo de empantanarse ante la dimensión del desafío”¹⁴.

Propuestas para el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Se sabe que la IA ya está reconfigurando los sistemas de justicia de distintas maneras, siendo el nivel más

básico el vinculado con la información, el apoyo y el asesoramiento a las personas involucradas en el sistema de justicia, lo que se denomina tecnología de apoyo, pero también puede reemplazar funciones y actividades que anteriormente eran realizadas por personas humanas, en lo que constituye la tecnología de reemplazo, y por último, puede cambiar la manera en que se trabaja y proporcionar formas muy diferentes de justicia, con lo que se conoce como tecnología disruptiva, particularmente cuando los procesos cambian de forma significativa y la analítica predictiva puede remodelar el rol de adjudicación¹⁵.

Pero aunque ello da cuenta de que el potencial es virtualmente infinito, determinar qué tipo de herramientas de IA habrán de incorporarse al ámbito judicial local exige examinar el estado de desarrollo de nuestros sistemas informáticos y de la digitalización de la actividad, su contexto normativo, la interconectividad de las bases de datos de que se sirve, y los avances logrados en la materia, para con ello

fijar metas de incorporación progresiva, a fin de obtener resultados útiles y evitar fracasos rutilantes.

En cuanto a lo primero, los valiosos avances en materia de digitalización nos han colocado en la antesala de la eliminación del soporte físico de los expedientes, como da cuenta la puesta en vigencia del convenio por el que los apremios que inicie la Administración Provincial de Impuestos tramitarán de forma digital¹⁶.

Se trata de una primera experiencia cuyos resultados podrán aprovecharse para un futuro proyecto de digitalización de toda la actividad del fuero, pero ésta no podrá desembarazarse del expediente de papel en lo inmediato.

Resta también una labor ardua en materia de interconexión de bases de datos y de la actividad de los distintos organismos (públicos y privados, nacionales, provinciales y municipales) vinculados con la actividad judicial¹⁷, lo que facilitará la implementación de sistemas que puedan “comunicarse”

de forma inmediata y automática, evitando diligencias prescindibles.

En cuanto al contexto normativo, su importancia radica en que los procedimientos judiciales están determinados por una serie de normas rituales cuya observación hace a las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio, por lo que los sistemas deberán ajustarse a esas reglas.

No obstante, experiencias recientes (como el protocolo incorporado a los procesos civiles y comerciales para la oralidad efectiva, las notificaciones electrónicas, etc.) han consolidado la noción de que las formas procesales tienen carácter instrumental, pues su diseño e implementación se orienta de modo principal a asegurar la realización del derecho de fondo, de manera que sus reglas deben interpretarse con ese prisma.

Por último, y en cuanto a los avances logrados en la materia, lo cierto es que aún no se han incorporado herramientas de IA en el fuero civil y co-

mercial de la provincia, por lo que es tiempo de dar los primeros pasos.

Esas experiencias iniciales vendrán de la mano de lo que Corvalán cataloga como los estratos más sencillos de la IA, por lo que antes de pensar en asistentes para la solución de conflictos complejos, debemos atender al trámite de las causas, ya que la “estructura notablemente formalizada y secuencial del proceso -en el que la forma y los límites temporales de la actividad de las partes y del juez son tendencialmente predeterminados de modo general por las leyes- facilita de por sí el empleo de tecnologías de la información”¹⁸, pues es notablemente similar al funcionamiento de un algoritmo, de manera que, satisfecha la tarea de aportar la información y las reglas necesarias según el lenguaje del sistema que se aplique, el proceso judicial puede en gran medida llevarse adelante de manera automatizada.

Y es con esa inteligencia que se explica que “los procesos judiciales se conciben como sistemas que aspiran

a ser un ‘todo ordenado, coherente, completo e integrado por elementos relacionados entre sí’ [...] un sistema que se presenta como un conjunto finito de operaciones establecidas en la normativa procesal, que permite dar soluciones jurídicas a problemas, mediante la aplicación de reglas y principios”, y que “si se trata de un sistema de reglas y órdenes concatenadas y coherentes para lograr un fin, entonces operan con una lógica muy similar a los algoritmos”¹⁹.

Por lo tanto, luce indisputable que el proceso judicial es actualmente el más claro destinatario de las tecnologías de automatización, y allí deberán enfocarse los desarrollos venideros, según las necesidades existentes, lo que, eventualmente, servirá de apoyo y punto de partida para tecnologías más complejas.

En lo inmediato, son tres los nichos del fuero civil y comercial con potencial para el desarrollo de ese tipo de tecnologías: las Oficinas de Procesos Ejecutivos (OPE) (esto es, los Juz-

gados de Ejecución Civil de Circuito con asiento en las cabeceras de los Distritos 1 -Santa Fe- y 2 -Rosario-), las demandas de tramitación enteramente digital que a partir del 1° de septiembre de 2021 promueva la Administración Provincial de Impuestos en el marco del Convenio entre la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio de Economía y la Secretaría de Justicia²⁰, y las Oficinas de Procesos Sucesorios (OPS) (también con sedes en Santa Fe y Rosario).

Es fácil asociar los juicios de ejecución con las herramientas de automatización de IA, por la alta tasa de re-beldía que facilita replicar la actividad tanto de las partes como del tribunal, y a su vez habilita a resolver de forma idéntica de un caso a otro, con variaciones menores impuestas por el tipo de documento, los datos de las partes y la tasa de interés. No obstante, como veremos seguidamente, el proceso sucesorio parece el ámbito más adecuado para la implementación inmediata de soluciones de IA para la automatización del proceso.

¿Por qué el proceso sucesorio?

No escapa al conocimiento de quienes desarrollan sus tareas en el fuero civil y comercial, que los conflictos que se presentan en el marco de este tipo de procesos son normalmente tan complejos desde lo humano, como simples desde lo jurídico, pero tampoco que en la mayoría de los casos cursará sus etapas sin controversia, pues la única finalidad de los herederos será regularizar el traspaso de los bienes, lo que pretenden conseguir sin demoras, trastornos ni inconvenientes.

Pero el trámite, sencillo en su diseño y no controversial, insume un tiempo notablemente más extenso del que cualquier profano imaginaría al describirse sus etapas y exigencias, esto es, en líneas generales, la acreditación de la muerte del causante y los vínculos de los pretendidos herederos, la intervención del Ministerio Público, la publicación de edictos o notificación personal a aquéllos que no comparecieron y que tienen domicilio conocido, los informes del Registro de Procesos

Universales, del Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos, y de la Caja de Pensiones Sociales Ley 5110, el dictado de la declaratoria de herederos, la denuncia de bienes, la reposición de las tasas judiciales, la acreditación de la titularidad de dominio, la regulación y pago de honorarios y aportes, la orden de inscribir los bienes en caso de que sean registrables o de transferir los fondos si se trata de dinero, y el oficio que la efectiviza.

Es un procedimiento que debería concluir rápidamente (condicionado sólo por los treinta días de espera que impone el artículo 2.340 del Código Civil y Comercial tras la publicación de los edictos), pero el sistema judicial aún no ha logrado ese cometido (pese a la creación de oficinas especializadas en la materia), lo que da lugar, en el mejor de los casos, al desconcierto de los interesados y al descrédito del sistema, y en otros, a la pérdida de derechos.

Esto último es patente cuando en épocas de sostenida inflación existen en el

acervo sumas de dinero cuyo envilecimiento no logra ser compensado siquiera con la diligente constitución de un plazo fijo, o ante la no infrecuente circunstancia de verse los herederos expuestos a incumplimientos contractuales cuando, aun siendo razonablemente previsores, asumieron obligaciones respecto de los bienes del causante fijando plazos que, a la postre, se evidenciaron demasiado breves.

Finalmente, la realidad de las OPSs da cuenta de que el volumen de causas supera la capacidad de respuesta con los métodos tradicionales, lo que no sólo justifica, sino que obliga a indagar qué herramientas pueden contribuir a mejorar la eficiencia de la gestión.

Cómo llevar adelante la automatización del proceso sucesorio.

La IA ha permitido desarrollar Sistemas Expertos Jurídicos (SEJ), que ayudan a resolver problemas convergentes de dos tipos, los que desde el

principio se conoce cuál es el criterio de solución y los que no tienen predeterminada la solución, pero ésta es determinable por un mecanismo lógico matemático; y problemas divergentes, que son aquellos en los que para un solo problema existen múltiples respuestas y el estado de solución es determinable en forma decisional.

En el juicio sucesorio los aspectos relevantes son del primer tipo (convergentes), pues la actividad es relativamente uniforme y no controversial.

Esos sistemas son de más fácil implementación y permiten conocer los “razonamientos” que llevan a determinado resultado, al contrario de las herramientas de IA más complejas que impiden conocer los pasos lógicos de los que emerge la respuesta del sistema, por las características del proceso de autoaprendizaje de que se nutren (por ello que se los ha denominado de “caja negra”).

Por tanto, en el estado de desarrollo actual del que ya se diera cuenta, son

los sistemas convergentes (también denominados de “caja blanca”), los que presentan “enormes beneficios a la tarea judicial y a la transformación digital del proceso, sin el riesgo de ‘inexplicabilidad’ del razonamiento”²¹, y sus aplicaciones deben inicialmente enfocarse en la automatización de respuesta en los procesos en los que, bien por la ausencia de contradictorio, o por la (casi) unívoca respuesta jurisdiccional, no se justifica continuar elaborando manualmente documentos judiciales gestados de forma repetitiva²².

El primer paso para su incorporación en las Oficinas de Procesos Sucesorios es la recopilación de datos para la creación de diagramas lógicos que sirvan para representar y categorizar las condiciones que se presentan de forma sucesiva para la elaboración de escritos, decretos y resoluciones.

En esa tarea, “es preciso transitar tres fases: 1) Identificar la temática; 2) Identificar las distintas variables fácticas dentro de la temática; 3)

Identificar las respuestas para cada variable fáctica. En un árbol de decisión aparecerán delimitados todos los escenarios posibles ante un determinado supuesto”²³.

Con la base de datos adecuadamente organizada en el árbol de decisión, se debe desarrollar un algoritmo que mediante la introducción de información por parte del usuario emita el escrito y el proyecto de respuesta jurisdiccional de forma automática, sujetos al control de quienes deban firmarlos.

El paso siguiente será programar una interfaz en línea amigable, intuitiva, donde incorporar la información resulte sencillo y direccionado, para obtener presentaciones ordenadas y completas, de manera de evitar los muy frecuentes requerimientos de que se cumpla con alguna exigencia formal necesaria para el avance del proceso, y facilitar la labor judicial.

En ella existirán campos que deban completarse de forma obligatoria, preferentemente mediante respues-

tas de tipo sí o no, o múltiples opciones, que se ingresen a partir de celdas que deberán clickearse para indicar la selección.

En definitiva, en la elaboración de la presentación inicial y de las subsecuentes, la interfaz deberá direccionar al usuario (profesional del derecho) a través de pasos y requerimientos predeterminados.

Así, a modo de ejemplo, la primera ventana requerirá que se indique el nombre y el documento del causante, de manera que de existir información respecto de que ya se haya iniciado su juicio sucesorio, se lo haga saber de forma inmediata.

En caso contrario, comenzará a solicitarse los datos y la carga de documentos, con preguntas tales como ¿el profesional cuenta con poder, patrocinio o actúa por derecho propio? Si la respuesta es poder, solicitará la carga del instrumento y, en cualquier caso, la boleta colegial y la reposición de la demanda; ¿el domicilio del causante

se ubica en el radio de competencia territorial del juzgado?²⁴ ¿el presentante es heredero, legatario o acreedor? ¿es una sucesión testamentaria, intestada o mixta? ¿existen otros interesados? ¿conoce su domicilio?, y así hasta recabar todos los elementos (información y documentos) que requiera el algoritmo para generar el escrito que habrá de presentarse y el proyecto de respuesta jurisdiccional.

Es importante que la generación del escrito inicial (y los subsecuentes) se realice de forma automática y directamente desde el sistema, conforme la información que se introduzca, de modo de suprimir referencias innecesarias, reiteraciones, y cualquier redacción superflua o prescindible. Ello pues, como ha dicho una autora en referencia a los escenarios posibles de aplicación de IA a la labor judicial, “ya no bastará el escaneo del escrito de demanda y su presentación electrónica; antes bien, y en previsión de la automatización (y reemplazo) de ciertos actos procesales de conexión, seguramente lo adecua-

do será que el sistema proporcione un formulario online con una serie de campos obligatorios a completar (aquellos que sí o sí 'leerá' a los fines de su proveído) y otros facultativos para que el presentante pueda formular aclaraciones o advertencias o señalar singularidades del caso"²⁵.

Cualquiera sea la respuesta en cada caso, el proceso avanzará según su estado, ya sea que se dé trámite a la causa, se declare la incompetencia, se solicite la integración de documentación o datos faltantes, etc., debiendo el algoritmo prever cada posibilidad según el árbol de decisión elaborado, de manera de poder generar un proyecto de actuación de forma automática en todos los casos.

Para el desarrollo tanto del algoritmo como de la interfaz es determinante que se inste y garantice la participación de los actores involucrados²⁶ para que puedan reflejarse de forma adecuada las inquietudes e intereses comprometidos, así como los criterios jurisdiccionales divergentes²⁷.

Luego, en aras de una más eficiente gestión se deberá automatizar la recolección de información de los diferentes registros, de modo de eliminar la confección y suscripción de oficios, o la remisión de correos electrónicos.

Una adecuada interconexión de las bases de datos permitirá, cuanto menos, que la información del Registro de Procesos Universales se incorpore de forma liminar, con la sola integración de los datos de nombre y número de documento del causante, y que los del Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos, y de la Caja de Pensiones Sociales Ley 5110 se inserten sin más exigencia que la suscripción del decreto inicial. Lo mismo debería ocurrir con la generación del proyecto de edicto, cuya emisión automática sobre la base de un formulario único (en el que sólo se modifican los datos del causante y del expediente), alivianará la tarea de quien deba suscribirlo.

Es esperable que el desarrollo e implementación de un sistema de esas

características genere resistencia (como toda innovación), pero no podrá alegarse que se cercenan potestades profesionales ni el debido proceso si se satisfacen dos exigencias: por un lado, habilitar un apartado para la incorporación libre de texto que integrará el escrito a presentar, donde podrán formularse aclaraciones o precisiones sobre aspectos que el sistema no ha podido anticipar o no ha resuelto de forma satisfactoria (lo que también servirá para la mejora continua del algoritmo); y por otra parte, dejando inicialmente librado a la decisión de quien haya de ingresar el escrito la opción de utilizar la interfaz o hacerlo del modo tradicional, pues no hay mejor forma de legitimar la propuesta que si son los propios usuarios quienes se vuelcan a su utilización de forma voluntaria, por razón de sus beneficios.

Con esas mejoras el proceso transitará sin demoras ni errores, facilitará la tarea de quienes ejercen la abogacía y de quienes trabajan en las OPSs, ahorrando tiempo que podrán dedicar a labores que requie-

ren necesariamente la intervención humana²⁸, eliminará el atraso en los despachos y, finalmente, garantizará a los justiciables procesos expeditos y acordes con la escasa complejidad de las causas, contribuyendo en definitiva a mejorar la confianza en el sistema judicial. ■

CITAS

¹ Como veremos, Prometea es un sistema diseñado para predecir la solución de expedientes jurídicos simples, y que ha implementado la Fiscalía General de la ciudad de Buenos Aires, entre otros organismos de distintos puntos del país y del extranjero.

² CLARA, BIBIANA BEATRIZ LUZ Y MALBERNAT, LUCÍA ROSARIO, “Riesgos, dilemas éticos y buenas prácticas en inteligencia artificial”, XXIII Workshop de Investigadores en Ciencias de la Computación, Universidad CAECE, disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/119977/Ponencia.pdf?sequence=1>, última consulta: 29.8.2021.

³ CHUMBITA, SEBASTIÁN, “Inteligencia Artificial y proceso de revisión”, Revista de Derecho Procesal, 2020-1, Los principios procesales, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020, p. 622.

⁴ Ídem.

⁵ CORVALÁN, JUAN G., “Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de ‘Tramitación digital completa’”, La Ley 2018-D, 917, La Ley Online: TR LALEY AR/DOC/1683/2018.

⁶ THE WASHINGTON POST, edición del 16.5.2016, “Meet ‘Ross,’ the newly hired legal robot”, por Karen Turner, disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2016/05/16/meet-ross-the-newly-hired-legal-robot/>, última consulta: 31.8.2021.

⁷ CALO, RYAN, experto en intersección de la tecnología y la abogacía, citado en: OPPENHEIMER, ANDRÉS, “¿Sálvese quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización”, primera edición, Ed. Penguin Random House, México, agosto de 2018.

⁸ CHUMBITA, SEBASTIÁN, obra citada en nota al pie n°3, p. 626.

⁹ www.coe.int/en/web/cepej/practical-examples-of-ai-implemented-in-other-countries (última consulta: 30.8.2021).

¹⁰ CHUMBITA, SEBASTIÁN, obra citada en nota al pie n°3, ps. 624/627.

¹¹ Ese crecimiento exponencial es acorde a la llamada “Ley de Moore”, que en términos actuales puede referirse como la previsión de que de forma periódica se duplique la capacidad y potencia de los procesadores, profecía que se ha señalado como una de las pocas autocumplidas (cfr. MARIANO ZUKERFELD, “La tecnología en general, las digitales en particular. Vida, milagros y familia de la ‘Ley de Moore’”, Revista Hipertextos, Vol. 2, N° 4, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Sociales, Diciembre de 2015, ISSN 2314-3916, disponible en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/69894>, e in extenso en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/69894/CONICET_Digital_Nro.140c3968-868c-44c7-8f87-3457ee978a10_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y).

¹² GÓMEZ MONT, CONSTANZA; DEL POZO, CLAUDIA MAY; MARTÍNEZ PINTO, CRISTINA;

MARTÍN DEL CAMPO ALCOCER, ANA VICTORIA, “*La Inteligencia Artificial al Servicio del Bien Social en América Latina y el Caribe: Panorámica Regional e Instantáneas de doce Países*”, 2020, citado por BIBIANA BEATRIZ LUZ CLARA Y LUCÍA ROSARIO MALBERNAT en “*Riesgos, dilemas éticos y buenas prácticas en inteligencia artificial*”, XXIII Workshop de Investigadores en Ciencias de la Computación, Universidad CAECE, disponible en: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/119977/Ponencia.pdf?sequence=1>, consulta: 29.8.2021.

¹³ Con remarcables excepciones en otros ámbitos del país, como la experiencia Prometea, de la que ya se diera cuenta.

¹⁴ MEROI, ANDREA A., “*Gestión del proceso e inteligencia artificial: entre ilusiones utópicas y pesadillas distópicas*”, Revista de Derecho Procesal, Tomo 2021-1, El proceso eficaz - I, Rubinzal Culzoni, RC D 460/2021.

¹⁵ SOURDIN, TANIA, “*Judge vs. robot? Artificial Intelligence and judicial decision making*”, en UNSW Law Journal, vol. 41 (4), p. 1117, disponible en: <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/>

Sourdin.pdf, última consulta: 31.8.2021.

¹⁶ Conforme el acuerdo del 24.8.2021 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, acta n° 30.

¹⁷ CORVALÁN, JUAN G., “*Inteligencia artificial y proceso judicial. Desafíos concretos de aplicación*”, Diario DPI, Diario Civil y Obligaciones Nro. 201 del 30.9.2019.

¹⁸ MEROI, ANDREA A., *obra citada* en la nota al pie n°14.

¹⁹ CORVALÁN, JUAN G., *obra citada* en la nota al pie n°17.

²⁰ Conforme el acuerdo del 24.8.2021 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, acta n°30.

²¹ CORVALÁN, JUAN G., *obra citada* en la nota al pie n°17.

²² Idea que evoca el clásico “*Tiempos Modernos*” de CHARLIE CHAPLIN, estrenado en 1936.

²³ CORVALÁN, JUAN G., *obra citada* en la nota al pie n°5.

²⁴ Herramientas como Google Maps pueden contribuir a la mejor determinación de la competencia territorial.

²⁵ MEROI, ANDREA A., *obra citada* en la nota al pie n°14.

²⁶ En especial, quienes ejercen la magistratura en el fuero y los Colegios de Abogados y Procuradores.

²⁷ Si bien es infrecuente encontrar divergencias entre quienes ejercen la magistratura en relación a los aspectos centrales del proceso sucesorio, los casos en que sí se presenten deben ser considerados para la implementación de las variantes que respondan a cada criterio, según el juzgado donde tramite la causa.

²⁸ Uno de los aspectos luminosos de la IA es destacado por la ONU cuando afirma que “... las máquinas pueden realizar el trabajo rutinario y previsible, con lo que las personas pueden dedicarse a labores más creativas y productivas” (resolución 72/257 de la Asamblea General de Naciones Unidas, “Ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo” A/72/257, 31.7.2017, considerando 19).

¿Sirve la Inteligencia Artificial (IA) en el servicio de justicia?
¿Reemplaza la actividad de los jueces?



Dra. Viviana Edit del Corazón de Jesús **Marín**

*Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial del Distrito N°1 de Santa Fe.*



Dr. Felipe del Corazón de Jesús **Marín**

*Auxiliar Subrogante del Centro de Capacitación
Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.*

myf

No caben dudas que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) atravesaron todos los aspectos del desarrollo. Y uno de esos aspectos es el uso que se les da en el contexto del funcionamiento del sistema de justicia, esto es, a través de herramientas de gestión y tramitación de causas, intentando mejorar el vínculo entre las instituciones del sistema judicial y la ciudadanía, asignatura que sabemos se encontraba pendiente en el Poder Judicial. Esto se hizo visible a partir de la incorporación de las figuras del expediente electrónico, la firma digital, las videoconferencias, audiencias video-grabadas y las actas digitales, avanzando en la tarea judicial en cuestión de celeridad, economía procesal, intermediación, acceso a la justicia y respeto a las Garantías Constitucionales y los Derechos Humanos.

Entre todas estas innovaciones, es crucial también destacar el papel que toma la Inteligencia Artificial (IA) como una nueva forma de procesar los datos y la información dentro

del sistema judicial. La Real Academia Española (R.A.E.) define a la IA como: "Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje y el razonamiento lógico"¹.

Ahora bien, y volviendo a nuestras preguntas iniciales, ¿sirve la IA en el servicio de justicia? ¿Reemplaza la actividad de los jueces? Podemos referenciar que muchas actividades antes sólo podían ser realizadas por nuestros cerebros. La IA no reemplaza completamente la competencia de los seres humanos, sino que los coloca en una situación ventajosa, de manera que pueda mejorar la organización, reduciendo la burocracia y aumentando la eficiencia. El objetivo debería ser capacitar a los empleados judiciales de manera que puedan entender qué finalidad y en qué contexto se debe desarrollar la utilización de la misma, sin olvidar que los sistemas deben estar absolutamente preparados para que la tarea no re-

sulte tan compleja y sirva para superar los obstáculos y poder lograr así una mejor gestión, tanto de los recursos técnicos como humanos.

Estos programas imitan un comportamiento humano, a partir de la información que le es proporcionada para poder dar una opinión sobre un tema. Si la información suministrada no es la adecuada, la IA no brindaría las respuestas que se esperan en los procesos judiciales. Para ello es fundamental la información con la cual se debe "educar" al programa². Una vez logrado esto, sí se verían los resultados esperados por parte de la IA, en el sentido de reducir los tiempos, al obtener un más rápido análisis de datos y respuestas.

Al desarrollar este tema, y en relación específica a la actividad del juez, nos parece importante diferenciar aquellos procesos que podrían ser automatizados o estandarizados, en las que sería de entera aplicación la IA, de aquellos más complejos en los que la IA serviría de apoyo, repli-

cando resultados en causas similares, sugiriendo posibles soluciones, pero donde es el juez el que le agrega valor, razona y justifica su decisorio teniendo en cuenta las particularidades que el caso concreto pueda tener, le pone el toque humano³, de manera que también sea compatible con el Estado Constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos. Sí es cierto que aumenta la seguridad jurídica, y esto está acompañado en la mayor rapidez en la administración de justicia, lo que justificaría los costos de su aplicación, pero bajo ningún punto de vista se puede ignorar que la responsabilidad de las resoluciones recaerá siempre en un ser humano, en el caso concreto, en el juez.

Entendemos que al aplicar la IA no estamos buscando la figura del “juez robot” que nos dé la solución al caso, sino que esta sea una herramienta al servicio de la justicia, que agilice los procesos y que se pueda inferir o deducir de su utilización una explicación entendible, que haya transparencia en

las decisiones, de manera que se pueda fundamentar acerca de los criterios en que se basa para arribar a una determinada conclusión o resultado.

La tecnología día a día avanza con mayor rapidez en todos los aspectos de la vida cotidiana. La IA, será un instrumento totalmente útil y necesario para nuestro trabajo. Está en nuestras manos saber emplearla correctamente. Los Derechos Humanos y las Garantías Constitucionales tienen que estar más que presentes en proceso de Informatización de la Justicia, para que los operadores judiciales puedan gozar de una respuesta concreta de sus demandas sociales, por lo que merece un tratamiento interdisciplinario. En palabras de Juan Corvalán, creador del sistema Prometea dice que “La IA requiere un ecosistema, no es que compro un software y me lo bajo en la computadora. Se necesita gente que entrene los datos, gente que entre en el sistema, quien lidere el proyecto, alguien que lo integre con otros sistemas y alguien que lo escale”⁴.

En conclusión, estamos frente a la presencia de algo novedoso, que trae muchos interrogantes. En relación a los nuestros, será cuestión de empezar a buscar respuestas que generen confianza en la posibilidad de la instrumentación de la IA de modo que sea una herramienta provechosa que sirva a los fines de brindar un mejor servicio. Y esto complementará y facilitará la tarea del juez, para que pueda dedicarse específicamente al dictado de sentencias.■

CITAS

¹ Conf. <https://dle.rae.es/inteligencia>

² MARTURANO, SEBASTIÁN JULIO: “La inteligencia artificial y sus alcances en la justicia” El Dial.

³ <https://comercioyjusticia.info/justicia/justicia-4-0-que-pasos-esta-dando-la-inteligencia-artificial-en-la-esfera-judicial>.

⁴ <https://comercioyjusticia.info/justicia/justicia-4-0-que-pasos-esta-dando-la-inteligencia-artificial-en-la-esfera-judicial>.

El impacto de la inteligencia artificial en la tutela judicial efectiva



Dra. Lucila **Ramunno**

*Abogada, egresada de la Pontificia Universidad Católica Argentina,
Diplomada en Derecho Procesal Informático, Docente de grado de la
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires,
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario.*

myf

89

Introducción

En un mundo en el cual constantemente nos encontramos en una estrecha relación con la tecnología y los avances propios de ella, el derecho no puede y no debe permanecer ajeno a los mismos.

En este trabajo pretendo analizar como la tecnología y todos sus avances impactan en el proceso, más precisamente como es el impacto de la inteligencia artificial hoy en día, en la tutela judicial efectiva.

La respuesta que busco con este análisis, es determinar, si la inteligencia artificial se utiliza en el proceso al servicio de éste, como una herramienta que puede ser aplicada para su beneficio, para su economía, o al contrario, viene a perjudicar el desarrollo del mismo.

Durante este estudio voy a intentar analizar algunos de los sistemas que actualmente utilizan inteligencia artificial, y observar, si en éstos se puede advertir la protección de los derechos,

y a su vez, si se respetan los principios propios de la inteligencia artificial, como también los principios procesales.

Tutela judicial efectiva

Para poder realizar un estudio reflexivo sobre cómo y cuál es el impacto de la inteligencia artificial en la tutela judicial efectiva, es necesario ante todo, analizar detenidamente en qué consisten ambos institutos.

Considero relevante mencionar antes de desarrollar este tema, que la tutela judicial efectiva además de ser un principio procesal, es un derecho fundamental que beneficia a los justiciables.¹

La tutela judicial efectiva, también fue definida como aquella garantía que “implica que el juez, como director del proceso, debe interpretar y aplicar la norma procesal de modo compatible con todos los aspectos que hacen a asegurarla. Ello involucra el deber de favorecer el acceso a la jurisdicción, en particular de los más vulnerables y velar por

que la actividad procesal sea útil y facilite la actuación del derecho sustancial, en ocasiones, preventivamente”².

Este principio, también ha sido definido por la jurisprudencia como la “... garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder político, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales, conforme lo ha sostenido la CIDH”³.

Al hablar de la tutela judicial efectiva, es inevitable no hablar del proceso.

El proceso fue definido por numerosos doctrinarios, entre algunas definiciones podemos encontrar la mencionada por el Dr. Peyrano, que lo define como “el conjunto de actos relacionados entre sí de índole teleológica que permite desarrollar la actividad judicial”⁴.

Siguiendo con la explicación realizada

por Peyrano⁵, la trama del proceso civil está formada por actos (realizados por el juez, por las partes y por los terceros lato sensu) que son cada uno de ellos antecedentes del que le sigue y consecuentes del que le precede, siendo todos interdependientes por estar ligados entre sí por una misma finalidad que no es otra que la de servir de marco adecuado y único para la prestación de la actividad jurisdiccional.

Además, de todo lo anteriormente dicho, considero necesario agregar lo que mencionaba Morello respecto al proceso, él decía que “el proceso no es un chaleco de fuerza neurótico y que anda a contrapelo de las exigencias de la gente; debe hacerse maleable, saber escuchar y graduar las respuestas, en fases sucesivas, que han de ser congruentes con lo que se peticiona en cada momento aunque los objetos sean total o parcialmente los mismos. Y aportar la solución”⁶.

Luego de haber analizado en que consiste y cuáles son los objetivos de la tutela judicial efectiva, llegó el

momento de investigar acerca de la inteligencia artificial.

Inteligencia artificial

Al referirnos a la inteligencia artificial, podemos encontrar numerosas definiciones, pero las mismas surgen a raíz de diversas opiniones que tienen los autores sobre dicho tema y que, con el paso del tiempo y estudio de dicha disciplina, se van ampliando y perfeccionando.

Sin embargo, todos los estudiosos del tema, coinciden es que no existe una definición unívoca sobre la inteligencia artificial.

Entiendo que una de las definiciones que más se puede acercar a la esencia de la inteligencia artificial es la mencionada por Navas Navarro, quien menciona que, “se trata de emular las diversas capacidades del cerebro humano para presentar comportamientos inteligentes sintetizando y automatizando tareas intelectuales”⁷.

Otra definición que considero relevante mencionar es la del doctrinario Diego Fernández, el mencionaba que “la inteligencia artificial es un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la informática cognitiva (cognitive computing: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión del nivel superior –humano–), el aprendizaje automático (machine learning: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada (augmented intelligence: colaboración entre humanos y máquinas) y la robótica con IA (IA integrada en robots)”⁸.

Esta definición hace referencia al algoritmo, un elemento que conocemos desde hace poco tiempo, y “el cual se encuentra en la base de todo proceso computacional. Como afirma Naciones Unidas (ONU), la manera de entendernos y nuestra relación con el mundo tiene lugar desde la perspectiva de los algoritmos. Son una parte fundamental de las sociedades de la información, ya que cada vez más gobiernan las operaciones, decisiones y elecciones que antes quedaban en exclusivas manos de los seres humanos”⁹.

Los algoritmos son un conjunto de instrucciones para solucionar un problema y a través del uso de los mismos se desarrolla la inteligencia artificial.

La expresión algoritmo procede del nombre del matemático persa al-Khal-Khwarizm, se definió en sus orígenes como una lista finita de instrucciones que se aplican a un input durante un número finito de estados para obtener un output, permitiendo realizar cálculos y procesar datos de modo automático¹⁰.

Considero relevante mencionar lo dicho por Granero¹¹ sobre los algoritmos, él mencionaba que éstos no son ni serán nunca fuente del Derecho como ha sido siempre la norma jurídica, la costumbre y la equidad. En el mejor de los casos, estas fuentes del Derecho luego podrán ser ejecutadas mediante el algoritmo y supervisadas, en definitiva, por un ser humano.

Dentro de la inteligencia artificial nos encontramos con dos ramas: “la basada en datos que se suele llamar ma-

chine learning o aprendizaje automatizado y la conducida por conocimiento, también conocida como KR, por las siglas en inglés de “representación del conocimiento y razonamiento”¹².

Al referirnos a machine learning, siguiendo lo mencionado por Quadri¹³, nos estamos refiriendo a una tecnología que busca que los sistemas aprendan a realizar las tareas que los humanos hacemos a diario.

Pero la duda aparece cuando nos consultamos si los sistemas o máquinas aprenden como nosotros, entonces siguiendo lo analizado por Quadri, podemos decir que al aprender nos estamos refiriendo a poder distinguir entre objetos, animales o personas, llevado a nuestro ámbito, poder detectar cláusulas de un contrato, entre otras tareas.

En el caso del Deep Learning, nos encontramos ante un sistema un tanto más complejo ya que se utilizan estructuras denominadas redes neuronales artificiales, y además trata de “copiar” a las redes neuronales humanas.

Impacto de la inteligencia artificial en la tutela judicial efectiva

Una vez, que ya hemos definido tanto la tutela judicial efectiva como la inteligencia artificial, es el momento de detenernos para analizar cual el impacto que ésta última genera sobre la primera.

En mi opinión, la primera pregunta que debemos hacernos es si ambas herramientas pueden convivir juntas y si estamos, como dije anteriormente, ante una inteligencia que va a actuar en beneficio o no del proceso, y todo lo que él conlleva.

Ante todo, es importante mencionar que si se van a utilizar o ya se utilizan actualmente herramientas tecnológicas en el proceso, es necesario que las mismas sean adecuadas, seguras y materialicen el respeto de las garantías que consagra la Constitución Nacional, entre otras.

Considero de gran relevancia mencionar que “la implementación de sistemas inteligentes en tareas mecánicas,

repetitivas y estandarizadas, tiene a simplificar los procedimientos, reducir o suprimir errores, acelerar exponencialmente la confección integral de los documentos, impactar de manera decisiva en la efectividad de los derechos en general y, más concretamente, en el principio de igualdad y en el principio de seguridad jurídica”¹⁴.

Continuando con dicho razonamiento, se puede llamar “automatización, a los sistemas de inteligencia artificial menos sofisticados o menos complejos, desde el punto de vista de la programación. Por ejemplo, cuando se entrena un sistema para que cuente plazos procesales o compute algún término. Este proceso, trata de eliminar la realización de numerosos clics, apertura de ventanas, completar formularios digitales, pegar y copiar datos, entre otras actividades que, en definitiva, ralentizan la actividad procesal”¹⁵.

No se puede dejar de citar lo dicho por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) respecto al uso de la inteligencia artificial. Dicha organización,

“ha reconocido como uno de los aspectos más destacables de la utilización de la inteligencia artificial es que las máquinas pueden realizar el trabajo rutinario y previsible, con lo que las personas pueden dedicarse a labores más creativas y productivas”¹⁶.

El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre “inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad” (Dictamen de iniciativa, 2017/C 288/01), ha dicho que “la IA puede reportar grandes ventajas cuando se utiliza en trabajos peligrosos, pesados, extenuantes, sucios, desagradables, repetitivos o aburridos. Pero los sistemas de IA también son capaces, y cada vez más, de realizar tareas rutinarias, procesar y analizar datos o desempeñar funciones que requieren un alto grado de planificación o predicción, trabajos que a menudo se encomiendan a trabajadores muy capacitados”¹⁷.

Gedwillo¹⁸ menciona que el proceso podrá ser oral u escrito, los expedien-

tes podrán ser en formato papel o digital, pero nada de ello debe cambiar la manera en la que se administra justicia. Las nuevas tecnologías no pueden modificar lo que dice nuestra ley procesal, sino debe ceñirse a ésta.

Al hablar de la inteligencia artificial en el proceso, surge la pregunta de qué va a suceder con la figura del juez, es por ello que “ha cobrado fuerza la idea del juez digital que pueda reemplazar en la tarea jurisdiccional a la persona humana.”¹⁹.

“Se refiere a la posibilidad de que programas de Inteligencia Artificial (IA) sean utilizados para resolver controversias judiciales”²⁰.

“Mediante algoritmos, la IA analiza datos a alta velocidad y propone posibles soluciones. Utiliza un razonamiento deductivo (si sucede X, luego se verificará Y), seguido por respuestas a preguntas previamente programadas que son contestadas por sí o por no y, diseñadas para alcanzar un resultado final predeterminado”²¹.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se desarrolló un sistema de Inteligencia artificial denominado Prometea. En el mismo, el procedimiento es conducido íntegramente por la Inteligencia Artificial.

Dicho sistema se utiliza de la siguiente forma: “llega un expediente a dictaminar, que no ha sido analizado por ninguna persona. Se carga entonces el número de expediente a la inteligencia artificial Prometea, y en pocos segundos después pasa todo lo que se detalla a continuación. El sistema de IA busca la carátula en la página del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, lo asocia con otro número (vinculado a las actuaciones principales) y luego va a la página del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Juscaba). Busca y lee las sentencias de primera y segunda instancia, luego analiza más de 1400 dictámenes (emitidos durante 2016 y 2017), para finalmente emitir la predicción”²².

Siguiendo con el análisis del Dr. Quadri²³, Prometea busca el caso en el

sitio web donde se realiza la consulta pública de los expedientes, lee las sentencias anteriores y propone una posible solución.

En otros países utilizan otros sistemas, tales como COMPAS, es un programa que utilizan los tribunales estadounidenses en los procesos penales.

Esta herramienta ha sido creada para ayudar al juez en su decisión, mediante softwares que permiten calcular el riesgo de reincidencia. Este programa, a través del uso de algoritmos, arroja un score de riesgo. Es decir, una inteligencia artificial le indicaría al juez el riesgo que, prima facie, presentaría una persona x de reincidencia en el caso, de que se le conceda la libertad asistida o que se solicite una condicional y, por ello, el resultado que arroja debe ser valorado junto con otros elementos, para tomar una decisión sobre la libertad de quien la solicita. Lo determinante para la decisión judicial termina siendo el score que brinda el programa²⁴.

En el caso de Compas, estamos ante

una herramienta, que también ejemplifica, cómo es el impacto estudiado en este trabajo.

Me interesa además continuar con el razonamiento de Lumiento²⁵, cuando hace referencia a los defensores de estos sistemas, éstos mencionan que esta nueva herramienta hace más justo al sistema jurídico penal. Argumentan que reemplazan la intuición y el sesgo de los jueces, por una evaluación más “objetiva”.

Analicemos la imputación que realizo el estado de Wisconsin a Eric Loomis.

Eric Loomis estaba imputado con cinco cargos criminales relacionados con un tiroteo realizado desde un auto en La Crosse.

La defensa del Sr. Loomis negó que haya participado en el tiroteo, pero sí admitió que había manejado ese auto más tarde esa misma noche.

Finalmente, Loomis se declaró culpable de dos de los cinco delitos que

se le imputaban. Los dos delitos eran intentar huir de un oficial de tránsito y operar un vehículo sin el consentimiento de su propietario.

“La metodología diseñada detrás COMPAS es un secreto comercial de acuerdo a Northpointe Inc., por lo que los resultados de estimación de reincidencia no permiten conocer el camino por el cual se arribó a ese resultado –es decir, su trazabilidad- y solo el informe final es remitido a la corte. En la audiencia de sentencia, el fallo se refirió a lo informado por COMPAS y sentenció a Loomis a seis años de prisión y a cinco años de supervisión extendida”²⁶.

La defensa de Loomis al obtener esta sentencia, cuestiono que el uso de COMPAS afectaba la garantía del debido proceso.

El Sr. Loomis decidió impugnar la sentencia porque no se le permitió evaluar al algoritmo, pero finalmente la Corte Suprema del Estado, falló en su contra y argumentó que el conocimiento de los algoritmos era de un ni-

vel suficiente de transparencia.

Además, la Corte consideró que no se violaron los derechos de debido proceso del acusado al hacer uso de Compas por parte del tribunal, a pesar de que la metodología utilizada no fue revelada, ni al tribunal, ni al acusado, como mencioné anteriormente.

Si analizamos lo anteriormente dicho sobre el debido proceso o la tutela judicial efectiva y lo aplicamos al caso del Sr. Loomis, podemos decir que fue un juicio justo? fue juzgado por un juez imparcial? hubo una solución “justa”?

Fue correcto o justo que la defensa del Sr. Loomis no pudiera inspeccionar o cuestionar el informe que genero el software privado?

Este caso puntual fue muy cuestionado, ya que hubo opiniones encontradas, debido a que algunos investigadores consideraban que el algoritmo utilizado es igual de fiable que cualquier humano que no haya recibido preparación alguna sobre el tema.

Sin embargo, todas estas dudas que pueden surgir a raíz del sistema Compas, van a continuar en la oscuridad, ya que la fórmula utilizada es un secreto comercial.

En este y otros casos mencionados, la pregunta que debemos hacernos, es si nos encontramos ante el reemplazo del juez o ante una asistencia para éste.

Para ello, es necesario contar con una inteligencia artificial justa, segura, en donde los datos que se carguen sean neutrales y no favorezcan a una de las partes en razón de su raza, edad, realidad social, entre otros aspectos.

Es por ello, que es necesario la correcta evaluación y regulación de estas herramientas, para evitar que la tutela judicial efectiva o el debido proceso, se vean afectadas.

Además, si no se advierte todo lo anteriormente dicho, se pone en riesgo el Estado de Derecho y la disminución de los derechos individuales.

Creo que todos podemos coincidir en que el proceso no es rígido, y eso lo vemos a través de la flexibilización de sus principios, por ende como dije al comienzo del trabajo, el proceso no puede quedar al margen de todos estos nuevos avances.

Asimismo, me gustaría agregar esta interesante reflexión, "...el uso de la IA debe ser compatible con los derechos humanos. Su regulación deberá ceñirse a los principios de dignidad algorítmica, identidad algorítmica y vulnerabilidad algorítmica; categorías que derivan de la dignidad digital (que integra la identidad digital) de las personas humanas en el mundo digital. No se pretende reemplazar al juez persona humana por uno digital, sino de dotarlo con herramientas que incrementen la calidad del servicio de justicia"²⁷.

Justamente para evitar que el derecho se encuentre desprotegido, también es necesaria la presencia de los principios que rigen la inteligencia artificial.

Primero podemos mencionar lo seña-

lado por Corvalán²⁸, en donde menciona cuales son los principios que deben respetar los sistemas de IA:

1) Transparencia algorítmica: la inteligencia artificial debe ser transparente en sus decisiones, lo que significa que se pueda inferir o deducir una "explicación entendible" acerca de los criterios en que se basa para arribar a una determinada conclusión, sugerencia o resultado. Además, cuando están en juego derechos como la salud, la vida, la libertad, la privacidad, la libertad de expresión, etc., es clave que los resultados intermedios del sistema sean validados. Esto implica que el razonamiento o las estructuras de razonamiento que se siguen hasta arribar las decisiones o predicciones, deben someterse a un proceso de tres grandes fases: 1) verificación, 2) validación y 3) evaluación.

2) Trazabilidad algorítmica: Una IA basada en un enfoque de derechos humanos debe poder explicar, paso a paso, las operaciones técnicas que realiza desde el inicio hasta el fin de un proceso determinado. La trazabili-

dad o rastreabilidad es la "aptitud para rastrear la historia, la aplicación o la localización de una entidad mediante indicaciones registradas". Como regla se debe garantizar la inteligibilidad y la trazabilidad del proceso de toma de decisiones de los algoritmos inteligentes.

3) Máximo acceso algorítmico: Creemos que se comenzará a desarrollar el derecho de acceso a la información algorítmica. Cuando el Estado y las personas públicas no estatales, por sí o a través de terceros, diseñan, desarrollan o utilizan tecnologías de la información o comunicación sustentadas en IA o en algoritmos inteligentes (lo que involucra cualquier tipo de máquina o robot inteligente), deben garantizar el máximo acceso al sistema de procesamiento de información que esas tecnologías realizan.

4) No discriminación algorítmica: El diseño y/o implementación de los algoritmos inteligentes deben respetar el principio de no discriminación, que consiste en impedir que los sistemas

de IA procesen la información o los datos bajo sesgos o distinciones frente a los seres humanos, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 2º, inc. 2º, Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales). Es decir, evitar que las operaciones inteligentes utilicen en sus circuitos de procesamiento ciertas distinciones basadas en categorías prohibidas (categorías algorítmicas sospechosas) para efectuar rankings, scoring o categorizaciones violatorias del debido proceso y de los derechos humanos.

Además, a los principios mencionados podemos agregar lo que estableció la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) en diciembre de 2018, en donde también se manifestó sobre los principios y adoptó el primer texto europeo que va a establecer cuáles son los principios éticos relacionados con la inteligencia artificial en los sistemas judiciales.

En la carta se mencionan cinco principios:

- **Principio del respeto de los derechos fundamentales:** tiende a asegurar que el diseño y la aplicación de las herramientas y los servicios basados en inteligencia artificial sean compatibles con los derechos fundamentales;

- **Principio de no discriminación:** evitar concretamente el desarrollo o la intensificación de cualquier tipo de discriminación entre individuos o grupos de individuos;

- **Principio de calidad y seguridad:** con respecto al procesamiento de decisiones y datos judiciales, utilizar fuentes certificadas y datos intangibles con modelos concebidos de manera multidisciplinar, en un entorno tecnológico seguro;

- **Principio de transparencia, imparcialidad y equidad:** hacer que los métodos de procesamiento de datos sean accesibles y comprensibles, permitiendo auditorías externas;

- **Principio “bajo el control del usuario”:** impedir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y tengan el control de sus propias elecciones.

Si nos centramos en la actividad que realizan los jueces y como la inteligencia artificial puede relacionarse con la misma, pareciera que el juez no puede ser reemplazado por dicha inteligencia.

Tal vez, algunos pasos del proceso en los cuales se trata de meros trámites administrativos, ello sí podría ser reemplazado por la inteligencia artificial ya que dichas etapas no requieren un tratamiento del derecho en particular, tal como mencionamos anteriormente.

Y es más, si utilizáramos la inteligencia artificial para dichos casos se verían optimizados los tiempos y veríamos reflejados dos principios procesales de gran importancia, tales como la celeridad y la economía procesal.

Pero ¿cuál es el fin o uno de los tantos fines que busca la inteligencia artificial?

La inteligencia artificial, como dije anteriormente, busca sintetizar y automatizar tareas intelectuales. Y eso es posible, debido a que hay muchos actos procesales que pueden llevarse a cabo sin la intervención humana y eso es justamente, la automatización de la gestión del proceso judicial

Si pensamos en la inteligencia artificial aplicada directamente al proceso en la provincia de Santa Fe, el uso de esta herramienta podría ayudarnos a automatizar diversos actos procesales, tales como decretos, cédulas, regulaciones de honorarios, declaratorias de herederos, entre otros, y ello podría lograrse, básicamente, otorgándole al sistema los datos que éste necesita, para que luego pueda emitir el acto correspondiente, el cual va a ser realizado en base a la información brindada.

Y si pensamos en un juez “robot” que decida en base a los datos que nosotros le brindamos y finalmente llegue a una decisión, en base a los algoritmos, en este caso la sentencia va a ser justa?

El juez al dictar sentencia interpreta el derecho, realiza un razonamiento, argumenta su decisión y además valora la prueba.

El juez debe fundamentar razonadamente sus decisiones, presentando sus argumentos de manera convincente, tanto para las partes frente a las cuales debe decidir, sino también ante sus superiores, ante quienes, eventualmente, puede ser llevada su decisión, en apelación²⁹.

En el caso de la valoración de la prueba, nuestra legislación utiliza el sistema de la sana crítica, al momento de valorar la prueba, sistema que justamente necesita de ciertas aptitudes o cualidades de los jueces, que la inteligencia artificial en principio, no podría brindar.

Es por lo anteriormente dicho, que considero de suma importancia la implementación de la inteligencia artificial para ayudar al juez en el dictado de sentencias, pero los algoritmos no deben trabajar solos, sino que deben ser supervisados por los jueces.

Los jueces al igual que las máquinas pueden cometer errores, por ende considero que es indispensable trabajar sobre todas estas cuestiones, e intentar que el margen de error sea mínimo.

Finalmente me gustaría mencionar lo dicho por Chumbita, cuando se refirió a la actividad procesal automatizada, él mencionó que “el fenómeno de la aplicación de inteligencia artificial nos invita a una profunda reflexión, pues estamos hablando de un tema que compromete seriamente a la prestación del servicio de justicia, el derecho de defensa en juicio y la garantía del debido proceso. Si esta tiene la entidad para transformarlo en un conducto ágil, transparente y eficaz, asumamos el compromiso de adoptarla responsablemente y adecuemos la prestación del servicio de justicia a los tiempos que corren”³⁰.

Conclusión

Luego de realizar este análisis, considero que el impacto de las nuevas

herramientas tecnológicas, se ve directamente reflejada en la administración de la justicia.

El uso de estas nuevas herramientas, como pudimos observar durante este trabajo, benefician al proceso y lo ayudan para su correcto desarrollo.

A su vez, también se pudo observar que la inteligencia artificial, si bien, es muy eficaz, a su vez, debe tener un control minucioso para no caer en una desprotección de los derechos y de las garantías fundamentales.

Pude observar, que además, la inteligencia artificial viene a ayudarnos a que, el valioso tiempo que tenemos lo dediquemos a cuestiones que requieren estudio y análisis, y utilicemos estos avances de la tecnología para aquellas cuestiones meramente administrativas y que no necesitan de nuestro razonamiento y argumentación.

Pero repito, todo lo anteriormente dicho va a ser posible y beneficioso, siempre y cuando, dicha inteligencia no vulnere los derechos de los seres humanos.

Además, estos nuevos desafíos se van a poder lograr dentro de un marco de responsabilidad, respeto por los principios procesales y por los principios que deben respetar los sistemas de inteligencia artificial. Buscando, la transparencia y la imparcialidad, y permitiendo que se respeten las garantías constitucionales y los derechos.

Y finalmente la gran pregunta que nos hacemos es: ¿seremos capaces de adaptarnos a este nuevo mundo? ■

CITAS

¹ BERIZONCE, ROBERTO, *Tutelas procesales diferenciadas*, Santa Fe 2009, Rubinzal Culzoni, p. 20. Citado por PEYRANO, JORGE W., *Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido*. Federación de Ateneos de Estudios De Derecho Procesal de Rosario, http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Ros_5.pdf.

² DE LOS SANTOS, MABEL A, *Tutela ju-*

dicial efectiva y cargas probatorias dinámicas, LA LEY 08/09/2016, 08/09/2016, 1 - LA LEY2016-E, 818. Cita online: AR/DOC/2533/2016.

³ CN Fed. CAAdm, sala IV, 27-11-2001, “Vía Bariloche c/ CNRT”, citado por BARBERIO, SERGIO J. y GARCÍA SOLA, MARCELA M. *Principios Procesales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, T° III, p. 195.

⁴ PEYRANO, JORGE W., *Lecciones de procedimiento civil*, Zeus, Rosario, 2002, p. 26.

⁵ PEYRANO, JORGE W., *Lecciones.. ob. cit*, p. 26

⁶ MORELLO, AUGUSTO M., *Avances Procesales, 1ª Edición*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 352.

⁷ NAVAS NAVARRO, SUSANA EN AA.VV, *Inteligencia Artificial, Tecnología y Derecho*. Tirant Lo Blanc, Barcelona 2017, p. 24, citado por QUADRI, GABRIEL HERNÁN, *Modulo: Inteligencia Artificial aplicada al proceso judicial*, p. 1.

⁸ FERNANDEZ, DIEGO, *El impacto de la inteligencia artificial en el derecho*, LL. 19/10/2017,

6, citado por QUADRI, GABRIEL HERNÁN, Modulo: Inteligencia Artificial aplicada al proceso judicial., p. 1.

⁹ Resolución 72/540 de la Asamblea General “El derecho a la privacidad” A/72/540 19 de octubre de 2017, consid., 54, disponible en <http://undocs.org/es/A/72/540> (consultado el 17/04/2021), citado por CORVALAN, JUAN G. *Tratado de inteligencia artificial y derecho*. Thomson Reuters. La Ley, Buenos Aires, 2021, T I, p. 17-18.

¹⁰ REYES OLMEDO, PATRICIA, *Obra Inteligencia artificial y derecho, un reto social*, Capítulo 10: Límites a la tecnología: la ética en los algoritmos, Editorial Albremática, 2020, p. 142.

¹¹ GRANERO, HORACIO ROBERTO, *Inteligencia artificial y justicia predictiva (¿puede la inteligencia artificial determinar si tengo razón o no en un juicio?)*, ElDial.com contenidos jurídicos, p. 21.

¹² CORVALAN, JUAN G. *Tratado de inteligencia artificial y derecho*. Thomson Reuters. La Ley, Buenos Aires, 2021, T I, p. 16.

¹³ QUADRI, GABRIEL HERNÁN, *Modulo: Inteli-*

gencia Artificial aplicada al proceso judicial, p. 2.

¹⁴ Conf. Corvalán, Juan G., Prometea. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 15, citado por CHUMBITA, SEBASTIÁN C, *Tratado de Inteligencia artificial y derecho, Capítulo 2, Actividad procesal automatizada*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, ps. 109-110.

¹⁵ Conf. Corvalán, Juan G., Prometea. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, ps. 35 y 42, citado por CHUMBITA, SEBASTIÁN C, *Tratado de Inteligencia artificial y derecho, Capítulo 2, Actividad procesal automatizada*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, p. 110.

¹⁶ Res, 72/257 de la Asamblea General de Naciones Unidas “Ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo”, A/72/257 (31/07/2017), consid. 19. Disponible en <http://undocs.org/es/A/72/257> (consultado el 09/11/2020) citado CHUMBITA, SEBASTIÁN C, *Tratado de Inteligencia artificial y derecho, Capítulo 2, Actividad procesal automatiza-*

da, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, p. 111.

¹⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (Dictamen de iniciativa), (2017/C 288/01), f) 3.20.

¹⁸ GEDWILLO, IRINA NATACHA, *Inteligencia Artificial y Derecho Procesal, capítulo 21, Obra Inteligencia artificial y derecho, un reto social*, Editorial Albremática, 2020, p. 304.

¹⁹ TRAZEGNIES GRANDA, F. de. (2013) *¿Seguirán existiendo jueces en el futuro?: el razonamiento judicial y la inteligencia artificial* Ius Et Veritas, 23 (47), 112-130. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11938>, citado por GEDWILLO, IRINA NATACHA, *Inteligencia Artificial y Derecho Procesal, capítulo 21, Obra Inteligencia artificial y derecho, un reto social*, Editorial Albremática, 2020, p. 298.

²⁰ GEDWILLO, IRINA NATACHA, *Inteligencia Artificial y Derecho Procesal...* ob.cit, p. 299.

²¹ Gedwillo, Irina Natacha, *Inteligencia Artificial...* Ob cit, p. 299.

²² QUADRI, GABRIEL HERNÁN. Módulo IA, p. 68.

²³ QUADRI, GABRIEL HERNÁN, Modulo Diplomatura, Modulo IA, p. 69.

²⁴ LUMIENTO, MARÍA E, *Tratado de Inteligencia artificial y derecho, Capítulo II, Tercera Parte, Predicción, prueba y derecho penal. Algunas líneas en ocasión del análisis del programa Compas Rick Assessment*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, ps. 356-357.

²⁵ LUMIENTO, MARÍA E, *Tratado de Inteligencia artificial y derecho...*, ob. cit. p. 357.

²⁶ QUADRI, GABRIEL HERNÁN, *Modulo Diplomatura*, Modulo IA, p. 17.

²⁷ GEDWILLO, IRINA NATACHA, *Inteligencia Artificial...* Ob cit, p. 300.

²⁸ CORVALAN, JUAN G., *Hacia una administración pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. decreto de "tramitación digital completa"*, LL 2018-D, 917, citado por QUADRI,

GABRIEL HERNÁN, *Modulo: Inteligencia artificial aplicada al proceso judicial*, p. 27-28

²⁹ ZACAGNINO, MARÍA EUGENIA y FERNANDEZ, MARÍA ALEJANDRA, Obra colectiva *Manual de Jurisprudencia y doctrina*, Estela B. Sacristán, Capítulo XVIII, Teorías de la argumentación, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 617.

³⁰ CHUMBITA, SEBASTIÁN C, *Tratado de Inteligencia artificial y derecho, Capítulo 2, Actividad procesal automatizada*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, p. 118.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

• BARBERIO, SERGIO J. y GARCIA SOLA, MARCELA M., *Principios Procesales, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe*, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2011, Tomo I, II y III.

• CORVALAN, JUAN G., *Tratado de inteligencia artificial y derecho*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo I y II.

DE LOS SANTOS, MABEL, *Tutela judicial*

efectiva y cargas probatorias dinámicas, LA LEY 08/09/2016, 08/09/2016, 1 - LA LEY2016-E, 818.

• GRANERO, HORACIO ROBERTO, *Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, Editorial Albremática, Buenos Aires, 2020.

• MORELLO, AUGUSTO M. *Avances Procesales, 1ra Edición*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2003.

• SACRISTAN, ESTELA B, *Manual de Jurisprudencia y Doctrina, La Ley*, Buenos Aires, 2003.

• PEYRANO, JORGE W, "Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido". Federación de Ateneos de Estudios De Derecho Procesal de Rosario, http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Ros_5.pdf.

• PEYRANO, JORGE W. *Lecciones de Procedimiento Civil*. Editorial Zeus S.R.L. Rosario 2002.

• QUADRI, GABRIEL HERNÁN, *Modulo Inteligencia Artificial*.

367 4521 756
323 2547 212
789 1234 567
4321098765 4321098765
4321098765 4321098765

INNOVACIÓN TECNOLÓGICA EN LA GESTIÓN JUDICIAL

526422165 231211 6613
23121 03747 33 090
7 43578843453535 8 54 263237272132176262
432453873 7893 58 32467732342424 7 43
4324884781234 5678 9012 3456789012 476
3123453732144 54 87 657821033 3278

mymf
0102

142322 24
44 303

932628
0 3 07
46 03
034
09 32

4854594949954398484
5468958456464 68
543564984 8904 67
543549589749 690
274974843255 65 78

1.2 | Innovación tecnológica en la gestión judicial

La gestión como camino hacia la tutela judicial efectiva



Dra. Jessica **Cinalli**

*Jueza de la Cámara Civil y Comercial
de la Sala 3 de Rosario*

Dra. Sabrina **Campbell**

*Secretaria de la Cámara Civil y Comercial
de la Sala 3 de Rosario*

Hablar de gestión judicial no pasa de moda. Este concepto como el de liderazgo, tecnología, innovación, inteligencia artificial, entre otros, vinieron para quedarse. Surgieron de la necesidad, tanto de la sociedad como de los operadores de justicia, de buscar una o varias soluciones a problemas instalados.

Hoy la tutela judicial efectiva, superadora del debido proceso, nos desafía permanentemente a echar mano a las nuevas tecnologías que atravesadas por la gestión judicial son propicias para generar procesos de innovación y mejora constante a fin de garantizar el objetivo de plena satisfacción.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende un triple e inescindible enfoque: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) El obtener una sentencia de fondo, motivada y fundada, en un tiempo razonable. c) Que esa sentencia se cumpla, o sea, la ejecutoriedad del fallo.

A esta tríada no le puede faltar la sincronización con la actual e inevitable digitalización de todos y cada

uno de los movimientos de la vida de una persona.

Está claro que al Poder Judicial, mejor dicho a ningún poder del estado puede estar ajeno a la nueva realidad digital, porque entonces distaría de garantizar la tutela judicial efectiva.

La coyuntura de los dos últimos años aceleró el camino que habíamos empezado a andar, aunque con algunos contratiempos lógicos y naturales de todo cambio.

Esta sincronización con las nuevas realidades, nos desafía a luchar contra la inercia burocrática que siempre está acechándonos para instalarse, las herramientas que vinieron para garantizar la tutela judicial efectiva, tales como la oralidad y las nuevas tecnologías deben ser siempre custodiadas y guiadas por la gestión judicial.

Solo así podremos garantizar los preceptos constitucionales dispuestos para la inviolabilidad de la persona y sus derechos como así también las exigencias de los tratados internacionales que asumimos.

[\[dia/1452/modulo-de-acceso-a-la-justicia-y-ddhh-argentina.pdf\]\(https://www.iidh.ed.cr/IIDH/me-dia/1452/modulo-de-acceso-a-la-justicia-y-ddhh-argentina.pdf\)](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/me-</p>
</div>
<div data-bbox=)

Mirar al justiciable -es decir a la sociedad- como usuarios, describe de la mejor manera al destinatario final de nuestro servicio, quien viene a reclamar justamente un servicio.

El movimiento de las organizaciones

Aún cuesta superar el modelo tradicional de mejor justicia igual a más jueces y mejores leyes. Dentro de este marco es fundamental volver la mirada hacia adentro de las organizaciones para optimizar y reestructurar viejas formaciones sin temer al fracaso del proyecto, porque es también parte del crecimiento. (<https://www.eleconomista.com.mx/arteseideas/Fuckup-Nights-historias-de-fracaso-que-se-convirtieron-en-exitos-20180120-0006.html>) – (<https://www.fuckupnights.com/es/buenosaires/>)

El movimiento en las organizaciones nos permite cambiar de perspectiva y es probable que, cuando rompamos las antiguas estructuras, sea más fá-

cil encontrar la pieza clave que se encontraba escondida. La idea es generar nuevos senderos, trasplantar los arbustos del laberinto para modificar el camino y, si es necesario, levantar la cabeza y hacernos anclas entre todos para encontrar la salida, y eso no es hacer trampa, eso es mirar el horizonte por encima de la mata para no seguir perdidos.

Cuando vemos que la tecnología, la innovación y el coraje son las herramientas que hacen avanzar la sociedad, nos preguntamos cómo sería ser emprendedores dentro del Poder Judicial. Claramente nos da miedo, pero nos encontramos ante el desafío de estar a la altura de las circunstancias.

El primer gran paso fue “la modernización de los poderes judiciales”, y desde ahí se empezaron a mover las piezas. Hoy seguimos en ese camino y la “nueva normalidad”, como llamamos hoy a estos tiempos, nos interpelean a ir más allá de lo conocido para lograr la satisfacción de las necesidades que la sociedad nos exige y, si es posible, estar un paso adelante. Para este cometido quizás no sea ne-

cesario tanto despliegue, quizás baste con animarse a cambiar el prisma para mirar mejor los recursos con los que contamos (que no son pocos), mover las piezas, transformarlas, es decir, con aquello que ya tenemos hacer algo nuevo y, porque no, disruptivo.

Tribunal multipuertas

La idea fue creada por el profesor de derecho de la Universidad Harvard, Frank Sander, quien partió de la existencia de la variedad de métodos de resolución de disputas y propuso como idea la de un Tribunal con múltiples puertas o programas de resolución de conflictos, en el cual los casos serían atendidos, analizados, calificados a través de la puerta apropiada o derivados fuera de los tribunales, para ser sometidos a mediación, arbitraje, mini-juicio, etc.

Las Dras. Alvares y Highton como Juezas de segunda instancia de los tribunales Argentinos comentan esta figura señalando que: “La mesa de entradas de un Tribunal Multipuertas tiene especialistas cuya tarea consiste en determinar cuál es el servicio mas

apropiado para resolver cada problema. Los especialistas están entrenados para examinar de qué tipo de caso se trata, evalúan sus características a través de la historia y dinámica del conflicto, buscan averiguar si existen amenazas personales o daño a la propiedad, si se trata de cuestiones de hecho o de derecho, como también si están ante un planteo simple o complejo. Los especialistas de la mesa de entradas además consideran la intensidad de la relación entre los contendientes y la cantidad de partes involucradas y así mismo su estado financiero, discuten la voluntad de las partes para participar en la resolución de su problema y cualquier posible consecuencia de la derivación propuesta. (<https://cejamericas.org/wpcontent/uploads/2020/09/143otrosmediosalternativos.pdf>)

Esta idea se funda en la tesis de que existen ventajas y desventajas para un caso específico que hacen aconsejable diferentes formas de resolución. Entonces, en lugar de instalar una sola puerta para obtener un servicio de justicia, debe darse la opción de que los usuarios puedan acceder a la puerta que sea más apropiada a la naturaleza

del caso o de las partes. Una Mesa de Entradas centralizada y un centro de diagnóstico para escrutar los casos y derivarlos al método de solución más adecuado para ellos, es lo que caracteriza al modelo Multipuertas para diferenciarlo de otro tipo de programas conectados a los Tribunales.

Es fundamental la interacción con distintos organismos del estado y de todos los niveles (nacional, provincial y municipal). Si investigamos, encontraremos diversos programas que se especializan en distintas problemáticas, los cuales con una dirección centralizada verían optimizado su servicio. Algunos buenos ejemplos de ellos son la mediación (judicial o extrajudicial), el arbitraje, la evaluación neutral previa, el experto investigador neutral, los jueces privados, el defensor del pueblo, las oficinas de violencia familiar, etc... No es la intención del presente trabajo caracterizarlas, sino saber que existen y que están al alcance de su puesta en práctica de manera organizada, eficiente y de acuerdo a las necesidades que nuestra sociedad en particular.

Claro que esto implica una planificación, con recursos humanos especia-

lizados y capacitados para este análisis, basado en la gobernanza de datos, fundamentales para poner en marcha un proyecto de estas características.

Si hablamos de generar proyectos, resulta de gran utilidad la Guía de los Fundamentos de la Dirección de Proyectos (Guía del PMBOK®) (Project Management Institute).

Los Fundamentos de la Dirección de Proyectos constituyen la suma de conocimientos en la profesión de dirección de proyectos. Los conocimientos residen en los practicantes y académicos que los aplican y los desarrollan. Los Fundamentos de la Dirección de Proyectos completos incluyen prácticas tradicionales comprobadas y ampliamente utilizadas, así como prácticas innovadoras que están emergiendo en la profesión, incluyendo material publicado y no publicado. Como consecuencia, los Fundamentos de la Dirección de Proyectos están en constante evolución.

La finalidad principal de la Guía del PMBOK® es identificar el subconjunto de Fundamentos de la Dirección de Proyectos generalmente reconocido como

buenas prácticas. "Identificar" significa proporcionar una descripción general en contraposición a una descripción exhaustiva. "Generalmente reconocido" significa que los conocimientos y las prácticas descritos son aplicables a la mayoría de los proyectos, la mayor parte del tiempo, y que existe un amplio consenso sobre su valor y utilidad. "Buenas prácticas" significa que existe un acuerdo general en que la correcta aplicación de estas habilidades, herramientas y técnicas puede aumentar las posibilidades de éxito de una amplia variedad de proyectos diferentes. "Buenas prácticas" no quiere decir que los conocimientos descritos deban aplicarse siempre de forma uniforme en todos los proyectos; el equipo de dirección del proyecto es responsable de determinar lo que es apropiado para cada proyecto particular.

Las oficinas judiciales

Como se mencionó anteriormente se impone la necesidad de superar las oficinas tradicionales y para esto, la oficina judicial moderna con ciertas características -algunas que ya conocemos y otras innovadoras-, son un

excelente recurso a la hora de revisar los esquemas internos.

La oficina judicial tiene muchas aristas para ser estudiadas. En este orden de ideas, Chayer nos habla de la unidad mínima de la producción judicial distinguiendo a la oficina tradicional de la moderna. La oficina tradicional (una dependencia individual, que puede ser una fiscalía, un juzgado, etc.) es la que tiene como característica la indivisión de las tareas jurisdiccionales de las de apoyo, mientras que la oficina moderna propone la división de estas tareas.

Esta última parte de una reevaluación de las tareas y la asignación a los distintos operadores judiciales, teniendo en cuenta no solo la calidad de las funciones sino también las características personales más acertadas para su atención eficiente.

Como enseña Degano, el esquema clásico de un juzgado se muestra obsoleto para un esquema de oralidad, y desde una apreciación personal, también lo es para algunos procesos que por su cantidad y estandarización deberían ser agilizados, por lo que la organización judicial debe virar hacia estructu-

ras con mayor flexibilidad y pensadas en función de tales objetivos. Entonces, la Oficina Judicial aparece como una herramienta de consideración, dado que sirve para diferenciar claramente las incumbencias de cada uno de los integrantes de la organización judicial.

En efecto, la Oficina Judicial es la organización de carácter instrumental que de forma exclusiva presta soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales. (<https://www.aadproc.org.ar/pdfs/Jornadas/2018/Degano%20-%20Publicacion%20-Oficina%20judicial-.pdf>.)

Algunos observan a la oficina judicial como una caja negra, inoportuna e insuficiente, -simplemente porque es nuevo y genera salir del estatus quo-, sin embargo dentro del esquema que todos conocemos, esta oficina tiene que ser entendida como objeto de estudio, como un recurso que puede ser innovador y flexible, ajustado y beneficioso para lograr aquellos tres pilares básicos de la tutela judicial efectiva.

Del modo antes señalado fueron observadas las primeras oficinas judiciales (como por ejemplo la oficina de no-

tificaciones, la de mandamientos que aglutina a los oficiales de justicia, entre otras) las que no obstante, con el paso del tiempo, resultaron imprescindibles, no sin antes superar contratiempos naturales de los procesos de cambio que luego derivaron en mejoras.

Desde el punto de vista de la operatividad, la oficina judicial debe ser pensada desde la base de la pirámide que es desde donde nos contactamos con los profesionales del derecho y la sociedad, resultando, asimismo, el punto más cercano para relacionarse con las demás dependencias interconectadas al proceso, como ser los Colegios Profesionales, los Bancos o los Registros entre otros. Debemos tener presente que el diálogo informático, o para ser más claros, la posibilidad de interactuar digitalmente con tales organismos, buscando sistemas compatibles y amigables, es otro punto crucial para ser trabajado.

Un intento de ello fue la creación de la Mesa General de Entrada y Movimiento de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, mediante Acta Nro. 3 de fecha

12.02.19, punto 20 de La Corte Suprema de Justicia. Tal proyecto se enmarcó en diversos estudios realizados por los integrantes de ese órgano, quienes luego de evaluar el flujo de trabajo que desarrollan en forma diaria, advirtieron la conveniencia de adecuar sus estructuras en pos de lograr una mayor eficiencia en la gestión administrativa. En dicha tésis, concluyeron que una reorganización en su funcionamiento, permitiría arribar con mayor premura al dictado del acto jurisdiccional; el cual, en resumidas cuentas, se constituye en su cometido primordial. Len esta oficina se concentra el trámite recursivo de las causas de las 4 salas civiles y comerciales de la Segunda Circunscripción de esta Provincia.

El fin buscado y lo que se tiende a lograr, es la unificación de criterios en el trámite de las apelaciones, la concentración del personal administrativo avocado a tal tarea (con lo cual se optimiza el recurso humano), permitiendo así la reasignación del personal a distintas tareas para optimizar y agilizar el servicio prestado a los ciudadanos, como por ejem-

plo legalizaciones, gestión del plan piloto de oralidad.

Incorporación de nuevos profesionales

Los nuevos tiempos y acontecimientos vienen a romper con las estructuras tal como las conocíamos y nos obligan a cambiar la mirada, generar transformaciones hacia adentro, como así también, en la relación con otros organismos del estado o privados, para así confluír en un mejor servicio para el usuario de la administración.

Esta proyección de mejora, debe estar guiada y planificada profesionalmente, resultando necesaria la decisión política para poner en marcha las distintas áreas profesionales que deberán estar conformadas por especialistas que den apoyo al desarrollo de estos nuevos proyectos, que facilitarán el diálogo informático entre las distintas administraciones y también la tarea de los operadores, pero que en definitiva deben ser pensados para la eficiencia del servicio de justicia.

Ahora bien, un concepto básico es que

todas las tareas jurisdiccionales están llevadas a cabo desde el profesionalismo, mientras que las de apoyo se limitan a ser realizadas con aquello que pueden aportar los operadores desde su experiencia personal, que intenta nutrirse de saberes más específicos pero sin ningún rigor formal, es decir, sin la dirección o la mirada de profesionales que se ocupen puntualmente de la gestión cuando es tan importante como lo académico a la hora de brindar tutela judicial efectiva.

Si bien es cierto que dentro del perfil del juez encontramos aquellos que en relación a la gestión adoptan una actitud más pasiva y otros más curiosos y activos y que hay diferentes áreas de control en las cuales el juez puede tener el control directo, indirecto o inexistente, lo cierto es que el esfuerzo por dar respuestas eficientes, nos permite siempre encontrar alguna solución, sin embargo, esta tarea basada en la experiencia puede ser mejorada con la mirada de distintas disciplinas con el fin de pensar objetivos y planificar implementación de mejoras, fijación de plazos y en su caso si se fijan los mismos que se utilicen indicadores de medición.

Para tener en cuenta: lo que se debe incorporar a nuestra actual función son los datos, o mejor dicho, la gobernanza de esos datos de una manera coherente y organizada, dirigida a la concreción de las metas propuestas, incorporando también la visión de los jueces y funcionarios.

Es necesario para este cometido tener presente la importancia de la formación de equipos, conformados por todas las disciplinas que integran una verdadera, planificada y profesionalizada gestión de resultados.

Liderazgo

Cuando hablamos de innovación, se suele pensar en una persona excepcional o extraordinaria que por sus propios medios consigue innovar, sin embargo, como explica Linda Hill, profesora de Harvard Business School, es necesario construir centros de creación colectiva. Para conseguir los mejores resultados se debe aprender a gestionar la creatividad colectiva, para esto, el liderazgo es la clave, un liderazgo que comprenda las capacidades y la creati-

vidad de los miembros del equipo y saber coordinarlos en la misma dirección. Hill resalta, que quien innova no es el líder, sino el equipo, pero el líder debe ser quien mantenga unido al mismo.

https://www.ted.com/talks/linda_hill_how_to_manage_for_collective_creativity/transcript

Según Gemma Gonzalez Andrés, especializada en transformación digital y neuroliderazgo, sostiene que un líder acorde a estos tiempos debe poseer cuatro competencias básicas, a saber:

- a.** Ser resiliente a fin de sobreponerse a situaciones difíciles, que tengan capacidad de gestionar la incertidumbre y logre aprender de los errores.
- b.** Que tenga competencia ágil, que sea capaz de tener pensamiento crítico tomando decisiones acordes a las situaciones que se le plantean.
- c.** Que sea creativo, que se abra a la posibilidades de resolver problemas complejos, es decir que piense fuera de la caja, desprendiéndose de toda rigidez formal.
- d.** Debe ser un líder compasivo, que conecte y que ponga atención ge-

nuina a los demás.

<https://www.liderazgoycoaching.org/wp-content/uploads/2017/02/Congreso-Liderazgo-2020-Gemma-González-Andrés-Resumen-El-neurolider-en-tiempos-de-crisis.pdf>.

En definitiva, el modelo de líder que necesita este nuevo desafío es uno que lidere desde lo formal y permita a cada uno de los operadores calificados a ejercer un liderazgo informal, asociarse a estos y crear un verdadero equipo de trabajo, dando lugar a que cada uno desde su área aporte con datos duros (indicadores), propuestas de análisis y corrección, esto va a permitir lo que llamamos mejora continua.

Los indicadores deberán tener una lógica mixta, datos que provengan del sistema -en este punto es fundamental el control de la carga de datos-, por otro lado también son importantes los datos obtenidos por un sistema manual -como ser las encuestas de satisfacción-. Dos variables de indicadores son indispensables en nuestra disciplina: cantidad y tiempo (como medida legal que estamos obligados a cumplir).

El informe de gestión debe ser estudiado una vez por semana, para poder analizar los factores que influyen y tomar decisiones de corrección en forma conjunta con todo el equipo. Es decir es imprescindible la continuidad en la gestión independientemente de quien ejerce el liderazgo y esto podrá ser sostenido desde la existencia de un equipo conformado con las características mencionadas.

Lo que no se puede medir, no se puede controlar, no se puede gestionar y lo que no se puede gestionar, no se puede mejorar. Planificar, ejecutar, medir y reformular.

La tecnología al servicio de la justicia y no al revés

La tecnología incorporada desde los gobiernos judiciales a las oficinas tradicionales le dio un impulso a estas dependencias. Sin embargo, este impulso tiene un límite dentro de estas oficinas independientes, por ejemplo el que está dado por la intermediación y la oralidad. Siendo necesario que la oralidad, sea sostenida por la tecnología de la videograbación, avan-

ce hasta garantizar la intermediación, y se incluya normativamente dentro del ordenamiento procesal.

La tecnología avanza también hacia el respaldo de los elementos probatorios, sin embargo, la repotenciación que otorga la tecnología a los organismos tradicionales, los mejora pero no resulta suficiente. Es necesario que sea manejada con estándares profesionalizados y unificados que garanticen la seguridad jurídica. Este desafío nos obliga a darle cada vez más espacio a la tecnología, pero sin perder de vista que tiene que ser dispuesta al servicio de la tutela judicial efectiva, con debates que pueden ir de lo más simple a lo más complejo.

En este sentido, debe siempre tenerse en cuenta la importancia de delinear un sistema que permita que las nuevas tecnologías que se incorporen se encuentren diseñadas de manera tal que queden racionalmente enlazadas a las reglas ya existentes y, fundamentalmente, a los principios de todo el sistema al que vienen a incorporarse.

Es decir, si para incorporar tecnología fuera necesario diseñar normas,

éstas tiene que ser cuidadosamente pensadas, porque dictar normas a veces no es tan complejo; lo difícil es hacerlas funcionar en razonable armonía con el resto del ordenamiento.

Es oportuno recordar ciertas reflexiones que servirán de anclaje para analizar el impacto de la implementación de las nuevas tecnologías en el proceso judicial.

Así, Bidart Campos refería que siendo el derecho a la jurisdicción correlativo de la obligación que tiene el Estado de prestar su función de administrar justicia, para que aquel derecho y esta función se satisfagan, el Estado debe -entre otras cosas- dictar las normas de procedimiento. (BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *“Manual de la Constitución reformada”* - Ed. Ediar - Bs. As. - 1998 - T. II - pág. 291).

Explicaba Podetti al respecto que, el principio de formalismo tiene raíz constitucional, pues tiende a garantizar la defensa en juicio de las personas y de los derechos. Apuntaba que, en un régimen de legalidad como el nuestro, la función jurisdiccional del Estado y el ejercicio de las facultades

que integran la acción requieren un molde preestablecido, que se ajuste a la garantía constitucional, molde que constituye un prius de aquellas actividades en sentido concreto y específico; este molde está dado por las leyes procesales que estatuyen determinadas formas, que no pueden ser omitidas en cuanto resguardan la garantía de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, y que pueden ser consideradas como el antemural de la arbitrariedad del individuo o del Estado y como un elemento básico de la libertad civil, procurando la seguridad jurídica. (PODETTI, RAMIRO J.: *“Tratado de la competencia”* - 2ª ed. actual. - Ed. Ediar - Bs. As. - 1973 - págs. 28 y ss.; 85 y ss.)

Según Couture, el régimen del proceso solo puede ser instruido por la ley, la que concederá o negará poderes y facultades dentro de las bases establecidas en la Constitución, trasladándose el espíritu de esta a aquella, que debe inspirarse en las valoraciones establecidas por el constituyente. (COUTURE, EDUARDO J.: *“Estudios de derecho procesal civil”* - 2ª ed. - Ed. Depalma - Bs. As. - 1978 - T. I - pág. 21).

En palabras de Carnelutti: “la ventaja de la regulación formal de los actos consiste en hacer saber por anticipado a los ciudadanos lo que tienen o lo que no tienen que hacer”. (CARNELUTTI, FRANCESCO: *“Sistema de derecho procesal civil”*, trad. por Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo - Ed. Uteha - Bs. As. - 1944 - T. III: “Actos del proceso” - pág. 193).

Mediante la estructuración legal del proceso, el justiciable (usuario) obtiene certeza respecto de las normas que regirán el debate. El proceso se torna, así, previsible para las partes.

No hay dudas de que las reglas del procedimiento son una especie de metodología fijada por la ley para servir de guía a quien quiera acceder a la justicia, concluyendo entonces que las formas procesales aseguran el respeto al contradictorio y la igualdad de las partes, siendo una preciosa garantía de los derechos y las libertades individuales.

Hay quienes cuestionan el temperamento de introducir reformas procedimentales mediante acordadas y resoluciones, dejando los Códigos

Procesales sin modificar, sin embargo son los tiempos de la labor legislativa en contraposición con el avance de la realidad social y evolución tecnológica la que nos intima a receptor estos cambios en un primer momento a través de reglamentos y acordadas, como principio del sistema que prevé y se hace cargo de las diversas variantes y situaciones que pueden presentarse a lo largo de la vida de un proceso en un contexto de la sociedad actualizado, pero que luego deberán necesariamente ser receptadas por la normativa correspondiente para asegurar su correcta operatividad con una visión global.

Se impone modernizar el procedimiento es imprescindible; si un avance tecnológico permite la deseable celeridad y economía procesal, bienvenido sea, ello depende también de la seguridad que brinden tales adelantos, y luego de las disponibilidades técnicas, no solo del Poder Judicial (incluidas las cuestiones presupuestarias para contar con un sistema óptimo de última generación), sino de los demás operadores jurídicos y, finalmente, de cómo se regule su implementación. ■

Innovación y Gestión del Juzgado

myf

114



Dr. Iván **Di Chiazza**

*Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial
de la 8va. Nominación de la ciudad de Santa Fe*

myf

115

1. Eficiencia vs. Inercia

Estamos saliendo de un sistema organizacional basado en la inercia y entrando a otro muy distinto, que puede contrastar rotundamente en sus cualidades con el primero. Hacerlo eficiente y con dinámica de metas dependerá de asumir la gestión de cada unidad jurisdiccional como un sistema.

Ello obedece a una razón muy simple: la eficiencia del juzgado y la calidad del servicio brindado tienen relación directa e inmediata entre sí.

La eficiencia no es una finalidad en sí misma, es el medio instrumental básico y elemental para orientar la gestión hacia la calidad.

La calidad del servicio no tiene que ver única y necesariamente con la cantidad de producción, sino más bien con una mirada puesta en los destinatarios del servicio y en sus niveles de satisfacción.

En esa reorientación actitudinal que implica ver cómo hacemos lo que hacemos (desde los destinatarios) es

que cobran especial relevancia otros valores que le confieren un matiz distinto a la organización.

Aparecen entonces:

- (i) La celeridad, la agilidad y la flexibilidad; es decir, hacer simple lo simple.
- (ii) La profundidad y meticulosidad; es decir, hacer previsible lo complejo.
- (iii) La comunicación efectiva y escucha activa con los profesionales, en cuanto destinatarios (juntos con las partes) del servicio; es decir, brindar canales básicos y elementales de acceso remoto e información.

Esos puntos son los pilares que pueden graficar la idea introductoria a la noción de calidad. Luego los desarrollaremos como tips o metas.

La optimización o eficiencia y la calidad se implican mutuamente. Desde luego, ello presupone definir las metas u objetivos de la organización. Los tres puntos anteriores son metas básicas y esenciales de cualquier organización jurisdiccional que se reorienta pensando en brindar un servicio enfocado al destinatario.

Las metas se definen siempre, aunque no lo sepamos, ya que tanto ello ocurre desde lo explícito, como desde lo implícito.

Se definen metas positivas en cuanto agregan valor al servicio prestado (de crecimiento, apertura al ciudadano y al profesional, mejora continua, optimización, agilidad, celeridad y calidad) o negativas (de estancamiento y anquilosamiento, de indiferencia al agregado de valor, de desconocimiento a las necesidades de los destinatarios del servicio, etc.).

Y se definen, de un modo expreso o tácito, tanto al planificar, como al no hacerlo.

Siempre se delimitan metas (positivas o negativas) sea que se trabaje consciente y deliberadamente sobre las mismas, sea que ellas no tengan lugar alguno y gane la rutina mecánica (muchas veces obsoleta), desprovista de planificación (nada más paralizante y frustrante como la excusa del “... siempre se hizo así” y aunque ello resulta totalmente ineficiente).

La “no meta” también es una meta (ne-

gativa, porque resta valor) que se traduce, básicamente, en una marcha basada en la inercia y que conlleva a la apatía e incertidumbre organizacionales.

Esas metas de optimización no deben quedar en modo tácito, deben ser explicitadas a fin de lograr una gestión planificada.

Alcanzar ciertas metas de eficiencia es el complemento necesario en un contexto en el que la “oralidad” y la “despapelización” o “digitalización” han permitido modificar modelos y estructuras (prácticas culturales) en la resolución de los conflictos judicializados.

2. La calidad del servicio (público) que brindamos

Es importante prestar atención al concepto de calidad para incrementar la productividad, entendida no como cantidad de producción, sino y fundamentalmente, como relación óptima o de equilibrio entre la celeridad y la eficacia en el servicio que se presta, en función de la satisfacción con el resultado por parte de los destinatarios (partes y profesionales).

Hay cinco *tips* o metas claves al respecto:

- Celeridad (¿Cuánto dura un juicio? ¿Cuánto menos podría durar? Cuánto demora el despacho? ¿Cuánto menos podría tardar?);

- Agilidad y flexibilidad (¿Hacemos simple lo simple? ¿Exigimos recaudos formales inútiles por mera costumbre e inercia? ¿Por qué hacer de manera compleja cuestiones rutinarias que demandan gran cantidad de tiempo y podrían simplificarse con nuevas prácticas?);

- Previsibilidad (¿Colaboramos con el profesional en anticipar recaudos, exigencias o condiciones futuras en el devenir del expediente o abusamos del factor sorpresa con los clásicos “previamente...”, “estése...” o “*peticione conforme a derecho...*”?);

- Minuciosidad (¿Generamos la cultura organizacional interna del detalle útil y necesario o nos anclamos con fórmulas y formulismos estériles?);

- Comunicabilidad (¿Entendemos la necesidad mutua -nuestra y de los pro-

fesionales- de contar con canales eficientes de comunicación instantánea?).

Todo ello hace, a nuestro modo de ver, a la noción elemental de calidad que debe inspirar al servicio público que brindamos. Siempre con la mirada puesta en el resultado, pues ello nos permite verificar, medir y, en su caso, reajustar constantemente.

3. Frente a una gran oportunidad: aquí y ahora

Es en este momento la oportunidad de reflexionar e introducir cambios dado que estamos modificando la forma de gestionar el juzgado a raíz de la exigencia a la que nos condujo la pandemia.

Por gracia -o desgracia- nos obligó a que debamos -y podemos- prestar un servicio de otro modo.

Los cambios en la gestión y tramitación procesal que están sucediendo al traspasar un sistema totalmente escrito al digital pueden resultar complejos -casi impracticables - si no se adecúa la forma de trabajo.

La necesidad se orienta al entrenamiento de los distintos actores del sistema.

Todo cuanto se analiza aquí procura brindar herramientas de gestión y el marco conceptual básico que las sustenta.

4. Gestión

Es la acción necesaria para lograr el cumplimiento de los objetivos planificados. Es el conjunto de actividades consistentes en la planificación, organización, dirección y control de la organización.

La gestión se realiza en un contexto institucional y organizacional. Es la administración de todos los recursos disponibles (humanos, materiales e inmateriales) con los que contamos en nuestros ámbitos de actividad.

Pero no es cualquier administración. Sino aquella que lo hace en función de metas que agregan valor al servicio prestado.

¿Cuáles pueden ser los objetivos a cuya meta se orientará la gestión?

Ni más ni menos que los cinco *tips* antes mencionados y que definen, a nuestro entender, la noción de calidad del servicio.

5. Planificación. Implementación y Medición

Los objetivos no son aleatorios. Pueden ser éstos u otros, pueden variar dependiendo de cada juzgado, cada realidad o cada equipo. Pueden implementarse todos conjuntamente o hacerlo por etapas. Cualquiera que sean los objetivos elegidos (saber elegirlos depende de un diagnóstico previo, luego abordaremos el punto), su implementación tampoco debería ser aleatoria.

Se diagnostica para saber cómo se encuentra la unidad jurisdiccional respecto de determinados parámetros (coyunturales, administrativos, organizacionales, tecnológicos, realidad social, etc.).

Se planifica sobre la base del diagnóstico, apuntando a los objetivos propuestos (*tips* o metas).

Se implementa el plan de acción para el

cumplimiento de esas metas. Implementar es ejecutar. Ello implica delimitar responsables, tiempos, controles, etc.

Y, por supuesto, se mide. Nada de lo planificado e implementado (en base a cierto diagnóstico) queda sin verificar, sin medir su impacto y su resultado. Este es un proceso, la mayor de las veces, de prueba y error. En tal punto, radica uno de los mayores temores de los operadores del sistema: la duda a lo desconocido es una barrera difícil de franquear¹, aún en la seguridad de que lo posterior será superior y beneficioso a lo actual.

En tal contexto, es necesario poder ir haciendo las correcciones, adecuaciones o adaptaciones (en el proceso de implementación) a fin alcanzar los objetivos propuestos. Para ello, medir es esencial.

El propio concepto de metas u objetivos lleva a pensar en algún parámetro de análisis que permita mensurar su nivel de cumplimiento.

Hasta aquí el marco de situación, corresponde ahora avanzar hacia las

herramientas básicas de diagnóstico a través del mapa del sistema.

6. Mapa del Sistema

6.1. Subsistemas

El Juzgado es un sistema conformado por subsistemas y que desarrolla lo que se denomina modernamente *servucción*.

Empezando por este último concepto cabe señalar que es un neologismo que refiere a la producción de servicios, de ahí su conformación: “*serv*” de servicio y “*ucción*” de producción.

La servucción es el proceso de producción de un servicio. El destinatario del servicio, ciudadano que requiere la intervención judicial, es el protagonista central de la servucción.

La servucción supone la interacción entre el personal del juzgado, el destinatario del servicio (directa o indirectamente por intermedio de su representante legal) y el soporte del servicio, sea virtual (vgr. sistema informático, canales de comunicación tecno-

lógicos, notificaciones electrónicas, plataformas digitales, etc.) o material (vgr. expediente en papel, espacio físico, disponibilidad del ambiente, etc.).

El objetivo es optimizar la gestión de los recursos para que las diferentes interacciones posibles sean satisfactorias, más rápidas, simples, ágiles, rigurosas y de calidad. Se espera que, a través de una adecuada servucción, la experiencia de los destinatarios del servicio mejore y, por lo tanto, se incremente su nivel de satisfacción. Por eso es imprescindible analizar cada etapa del proceso (o subsistema).

Un resultado deseado se alcanza más eficientemente, como decíamos al inicio, cuando las actividades y los recursos relacionados se gestionan como un sistema. El cambio reside en la organización por sistemas que deja de ser una mera división de sectores, oficinas o áreas funcionales.

Identificar, entender y gestionar los procesos interrelacionados como un sistema, contribuye a la eficacia y eficiencia de la organización en el logro de sus metas (los tips, antes mencionados).

Se puede optimizar cada subsistema a través del uso de manuales e instructivos, herramientas de calidad y tecnología informática. Los dividimos, básicamente, en cuatro áreas:

- (i) Gestión del proceso de servucción en sí mismo: desde que el pedido ingresa al juzgado o sistema, atraviesa casa subsistema y logra el fin pretendido (sea una resolución, sea un oficio a la firma);
- (ii) Gestión del personal;
- (iii) Gestión del sistema informático y
- (iv) Gestión del vínculo con los destinatarios.

A continuación nos referiremos a la primera de estas áreas (gestión del proceso de servucción en sí mismo) y, a tal efecto, es conveniente partir del ya mencionado mapa.

El mapa del sistema y subsistemas es imprescindible. Es el punto de partida para realizar un diagnóstico adecuado del estado de situación y, seguidamente, poder planificar la gestión en función de la optimización pretendida (vgr. sectorizada y/o global) de cada subsistema.

6.2. Subsistema dirección - gestión - control

Se encuentra a cargo del juez/a y del secretario/a. La dinámica interna en dicha relación de dirección es relativa a la asignación y distribución de roles entre ambos funcionarios.

La opción por la gestión de la calidad del servicio y la determinación de sus principios, es una decisión estratégica que debe tomar la dirección del juzgado.

El diseño y la implementación del proceso de gestión está definido por las particularidades de cada juzgado. Sus necesidades, fortalezas y debilidades, objetivos particulares, estructura y dinámica de cada subsistema, así como por la interacción entre ellos.

Hay que detectar y desarrollar distintas habilidades esenciales para el funcionamiento del equipo y el logro de los objetivos. Para esto es clave el análisis FODA (fortalezas, oportunidades, debilidades, amenazas) de la organización.

Es tarea de este subsistema dicho diseño e implementación que compren-

de, en términos generales, la definición de tareas con diferenciación de funciones exclusivas y funciones compartidas, las formas de realización, los tiempos que deberían insumir, los responsables sustitutos, etc.

Si bien el responsable máximo resulta el titular del juzgado, todo esquema moderno y actualizado requiere de un nuevo diseño de la tarea de la secretaría. El rol de mero certificante o fedatario ha quedado atrás, desde hace varios años. El intermediario (filtro) entre el ingreso del requerimiento (escrito), su despacho (sumariantes) y la consecuente respuesta (decreto, auto o resolución) debe de tomar una nueva función en el proceso. El desafío es lograr un desempeño dinámico, ágil y en interacción con los extremos del proceso (sumariantes y juez).

A esta tarea la denominamos “coordinación operativa” y puede estar a cargo de la secretaría o de otra persona con perfil dinámico, ágil, resolutivo y expeditivo que haga las veces de articulador interno y nexos externo.

Esta tarea es esencial y clave en el di-

seño de una organización moderna. Por su lado el magistrado, además del diseño y supervisión del sistema, no podrá desatenderse de su puesta en marcha y control periódico de ejecución. Reuniones frecuentes con quien lo secunda (quien asuma la responsabilidad de la “coordinación operativa”) y periódica con todos los miembros del equipo, serán etapas indispensables para la ejecución y mejora del proceso.

En iguales términos, el contacto con los operadores del sistema y el análisis sobre elevado (macro) del desempeño del juzgado, con abstracción de cada caso en concreto, serán el mejor resguardo de la puesta en marcha y supervisión de la evolución.

A nuestro modo de ver, el juzgado requiere un organigrama de tres pilares: juez/a + secretario/a + coordinador/a operativo/a.

6.3. Subsistema ingreso - egreso

Es un área especialmente sensible por cuánto mide “a simple vista”, pero no por ello con menos precisión, el nivel de satisfacción de los destina-

rios de los servicios. La estandarización de procesos y respuestas tiene aquí un papel esencial, tal vez el más importante de todos.

En el nuevo esquema con ingresos digitalizados y reducción sensible de la presencia física de profesionales en este subsistema, el desafío es generar un reasignación de funciones para ir de un esquema rígido (vgr. 2 responsables de mesa de entradas y 4 responsables del despacho) a un esquema flexible (vgr. 6 responsables polifuncionales) de un subsistema que ya se puede entender como unificado.

Es inevitable que las mesas de entradas, como las conocemos tradicionalmente, sean reemplazadas por la tecnología.

El ingreso de escritos (nuevos expedientes o de causas en trámites) es por vía remota. Si a ello adicionamos que el expediente en soporte papel debería comenzar su camino hacia la defunción, el sistema permitirá la refuncionalización del recurso humano existente en la mesa de ingresos. Aquí aparece el concepto de "polifuncionalidad".

Consiguientemente, la reutilización de los espacios, el rediseño de las áreas de contacto presencial con los terceros (limitada a una mínima expresión) y la tan anhelada despapelización de los tribunales, serán una realidad.

Dejando de lado la indispensable reducción en los efectos nocivos del soporte papel, la automatización derivada de la tecnología reducirá drásticamente los tiempos de inicio ingreso de pretensión procesal al tribunal. Imaginemos, simplemente, los tiempos de demora entre la elaboración de un escrito judicial del profesional en su oficina y el ingreso previo a las formalidades de ley (reposiciones, copias y sellados) reducidas a un solo click.

En segundos, la petición reduce los minutos, horas o días en que, antes, el escrito, llegaba hacia su destinatario final.

Ahora bien, ¿cómo gestionar el despacho remoto o virtual?

6.4. Subsistema despacho

Es el eje productivo del juzgado. La uniformidad de criterios, la estan-

darización de actuaciones, decretos y proveídos, tienen relación directamente proporcional con la eficiencia y productividad del servicio.

Hay metas concretas y sumamente relevantes para desarrollar en este subsistema. Desde luego que dependerá de la realidad de cada unidad jurisdiccional; pero, más allá de esa realidad, siempre hay margen para proyectar objetivos de calidad.

Ese camino hacia la calidad requiere aquí, por un lado, la estandarización (hacer uniforme, lo que es uniforme), pero también es necesario generar una actitud crítica para rediseñar maneras de proveer o decretar.

Nos explicamos:

¿Es razonable repetir modelos que cuentan, no pocas veces, con décadas de antigüedad cuya relevancia actual es francamente discutible?

¿Revisamos los que se pide o lo pedimos por inercia ("*siempre se pidió...*" o la más angustiante: "*siempre se hizo así...*" -en referencias a prácticas que

se arrastran desde nadie sabe cuándo-)? ¿Estamos en condiciones de diferenciar si lo que se exige al proveer o decretar es necesario y/o útil y/o conveniente y/o totalmente absurdo? ¿En cuál de esas categorías ubicamos a cada recaudo formal?

¿Es útil decretar sin anticipar el paso procesal siguiente (inmediato o mediato)?

¿Es razonable decretar un “*venga el primer cuerpo...*” (con todo el movimiento que ello implica del expediente) siendo que basta con que quien elaboró esa orden se levante, camine cinco pasos y busque el “primer cuerpo”?

Lo anterior refiere a la actitud crítica (elemental y necesaria) del subsistema despacho para una organización moderna y eficaz, acorde al siglo XXI. Avancemos más aún.

El subsistema despacho debe poder comprender las necesidades (actuales y futuras) de los destinatarios del servicio (ciudadanos en general y profesionales en particular) y será un objetivo satisfacer esas necesidades y es-

forzarse en exceder las expectativas.

Las necesidades de los destinatarios no son uniformes ni estáticas. Reconocer los patrones comunes (más allá de las diferencias y de las modificaciones temporales) es un desafío para hacer que el servicio resulte “a medida” cuando las circunstancias lo requieran.

El despacho, a veces, tiene que ser como una “sastrería artesanal”. La estandarización no impide tener capacidad de reacción ante supuestos particulares que reclamen alguna excepción.

Es un desafío actitudinal del despacho brindar previsibilidad a los destinatarios del servicio. La previsibilidad, como valor a lograr, tiene una doble vía. Una interna y otra externa, respecto de la organización.

La primera se relaciona con el “modo” de hacer las cosas. La segunda, en cambio, con el “resultado” de esa gestión. Lo que es previsible se traduce en un servicio más rápido y menos complejizado. La previsibilidad es, sin dudas, unas de las principales exigen-

cias de los operadores jurídicos.

6.5. Interacción

Un punto clave es la interacción de cada subsistema con los otros sin depender, siempre e indefectiblemente, de la intervención de la dirección/gestión/control.

Se trata de la aptitud de comunicar, dar a conocer o transmitir dudas, inquietudes y/o cualquier circunstancias que influya (o pueda llegar a influir) positiva o negativamente, según que incremente o disminuya la productividad, respectivamente.

La interacción presupone que, independientemente de los actores (vgr. pasantes, empleados, funcionarios), cada subsistema debe saber y poder auto-articularse con los demás. Esa articulación debe ser autónoma en cuanto a que no debe depender, siempre, del subsistema dirección-gestión-control.

Ello es importante para lograr cierta autonomía en quienes integran cada subsistema a fin de, por un lado, no retrasar innecesariamente el proce-

so de gestión ante cuestiones que ya han tenido definición o resolución en el mismo sentido y, por otro, saber diferenciar rápidamente las cuestiones que requieren especial atención o de una solución “a medida” o distinta de lo estandarizado.

La interacción busca ordenar y simplificar el trabajo, evitando la superposición de tareas, manteniéndolo organizado de manera que se puedan reconocer problemas y solucionarlos.

Ahora bien, no hay que confundir “interacción” con “comunicación” y “motivación”. Las tres nociones se implican.

La primera es un elemento del mapa del sistema y, como tal, refiere a la vinculación de cada subsistema respecto del otro y de los otros (no entre los sujetos, actores o responsables de cada uno de ellos).

La segunda, en cambio, es el contacto y conocimiento puntual de cada sujeto, actor o responsable de esos subsistemas. El personal, a todos los niveles, es la esencia de una organización y su total compromiso posibilita que sus ha-

bilidades sean empleadas en orden al cumplimiento de los objetivos.

El compromiso del personal es clave. Su motivación también. Compromiso y motivación van asociados pero no hay posibilidades de ambas sin comunicación. La dirección/gestión/control debe establecer la unidad de propósito y la orientación. Debe crear y mantener un ambiente interno en el cual cada uno de los actores individuales pueda involucrarse integralmente en el logro de las metas.

6.6. Destinatarios

La organización y los destinatarios de sus servicios son interdependientes. Una relación mutuamente beneficiosa aumenta la capacidad de la primera de crear valor.

Dado que se trata de elevar los estándares en la prestación del servicio, brindando agilidad y previsibilidad, es necesario utilizar procesos de comunicación y medición eficaces para determinar progresivamente tanto las necesidades como el grado de satisfacción de los destinatarios.

Luego, en la segunda entrega, volveremos sobre esas formas de medición.

7. Oportunidad: ¿Por qué ahora?

Por dos razones.

La primera, es ahora la oportunidad porque la oralidad (en el ámbito civil y comercial) y la digitalización nos abrieron el camino. Imaginar siquiera plantear el análisis de modelos de gestión con juicios que se prolongaba por lustros o décadas, en el marco de prácticas judiciales vetustas era, cuanto menos, improductivo y contradictorio.

La fuerza disruptiva de la oralidad y la gestión digital de procesos nos ha allanado el camino.

Los objetivos básicos propuestos con la oralidad (reducir los plazos totales del proceso de conocimiento, incrementar la calidad de las decisiones a través de la intermediación del juez y concentración de la prueba, aumentar la satisfacción del ciudadano con el servicio de justicia, entre otros) se han visto todos cumplidos con creces.

El mismo éxito ya se ha comenzado a ver en el marco de la digitalización judicial. Procuración a distancia, audiencias virtuales, comunicación con organismos públicos y privados por vía electrónica, son sólo algunos ejemplos.

Así entonces, la fortaleza inexpugnable de la oralidad y la digitalización no requiere justificación. Es evidente que funciona.

En la medida en que aprovechemos el apalancamiento del cambio de paradigma de gestión judicial al que exitosamente nos ha conducido la oralidad y la digitalización, avanzar con la estandarización de procesos y el consiguiente control de gestión de la calidad permitirá optimizar y potenciar los beneficios. A saber: agilidad, celeridad, capacidad reactiva ante cambios generales y/o ante situaciones excepcionales puntuales, mayor grado de satisfacción del ciudadano con el servicio prestado y un más alto estándar de calidad institucional en general.

La segunda razón, por el inevitable, desconocido e incierto efecto pandemia.

La situación de emergencia nos condujo de forma acelerada y urgentemente a la necesidad de introducir cambios radicales en la gestión del juzgado, de sus subsistemas y, por supuesto, de los soportes o recursos que permiten el proceso de servucción.

Todos estos cambios, algunos de los cuales ya se encuentran afianzados y otros que están actualmente en proceso de hacerlo, llegaron para quedarse. Es claro que el desafío es mantenerlos, mejorarlos y profundizarlos, porque hacen más eficiente la tarea y su resultado.

Los cambios en cuestión se sintetizan en una palabra: gestión.

8. Cierre

Los programas conocidos como de gestión de calidad o control de la calidad total, en esencia, buscan mejorar los procesos operativos y, con ello, el servicio brindado por una organización.

La gestión está constituida por una

serie de actividades coordinadas para dirigir y controlar una organización. Por tanto, el sistema de gestión ayuda a dirigir y controlar una organización con respecto a la calidad. En nuestro caso, el desafío es la relación óptima (equilibrio) entre calidad y celeridad.

Para que todo esto resulte útil debe tomarse no como un plan a implantar sino como metas de referencia, es decir, como un proceso de mejora continua.

Así, entonces, la planificación teniendo como base elemental el mapa del sistema se orienta a definir metas. Se trata de reconocer, analizar y evaluar las particularidades de cada subsistema, esto es, qué se hace, quién lo hace, cómo se hace y la dinámica operativa de la organización en su conjunto.

Aquí se diagnostica. Por supuesto una diagnosis útil, en general, presupone saber, querer y poder realizar diferentes lecturas de datos, hechos e incluso conductas que se recogen y se ordenan sistemáticamente.

El presente no agota (ni pretende hacerlo) la enorme riqueza conceptual y práctica que encierra el desafío de la optimización del trabajo del juzgado. Apenas es una muestra inicial, esquemática, introductoria y general de la gestión como opción actitudinal a fin de lograr un desarrollo de servucción acorde a las necesidades de sus destinatarios: los ciudadanos.

Hacer conscientes de nuestra producción integral y compleja de servicio (o servucción) implica asumir la responsabilidad de lograr cierta eficiencia (relación recursos/tiempo/costes/calidad) en el resultado.

Esta guía tiene por objetivo plantear el tema, visualizar su necesidad estratégica e implementar las bases de su utilización.

Hasta no hace mucho tiempo no se concebía un expediente judicial si no era tipeado en una ruidosa máquina de escribir "Remington".

Con el desarrollo tecnológico, la informática aplicada al sistema judicial se transformó en su mejor aliado para operar un salto cualitativo de gestión.

No vamos a ahondar en lo obvio.

Lo propio ocurre actualmente con las TICs (tecnologías de la información y comunicación) salvo que queramos desconocer que en nuestro bolsillo o cartera llevamos lo que, hasta hace apenas un par de décadas, necesitaba varios cientos metros cúbicos de espacio para caber (TV, teléfono, cámara de fotos, videogradora, GPS, álbum de fotos, banco, cartero, supermercado, diarios, revistas, reloj pulsera, alarma despertador, agenda de contactos, cuadernos de notas y comentarios, linterna, brújula, archivos físicos, la tarjeta de crédito, la constancia del seguro, juegos... y hasta un personal trainer...).

La nueva gestión digital, como desafío actitudinal, nos propone un nuevo salto cualitativo, más importante que el dado de la "Remington" al "Windows".

Gestionar el sistema (y los subsistemas) en términos de resultados, en pos de la eficiencia del proceso (servucción) y de la mirada puesto en el destinatario (ciudadano) es dinamiza-

dor del cambio positivo.

La idea es que esto sirva como punto de arranque. El avance o profundidad de la indagación y experiencia dependerá de la manera en que cada uno decida gestionar el cambio que resulta tan imparables como necesario. ■

CITAS

¹ EDWARD DE BONO (el máximo exponente del pensamiento paralelo y creativo) explora el tema de la duda y desarrolla el concepto de la "duda retardadora" y la "duda impulsora". La primera nos ancla a la comodidad de lo conocido y no nos permite avanzar hacia algo mejor. Es la duda que nos hace sentir inseguros de la corrección de la acción o directamente de la acción a elegir.

La segunda es la gran generadora de los cambios y transformaciones positivas. Nos impulsa a avanzar aún sin una certeza firme sobre lo correcto de la acción. En este caso hacemos lo que nos parece correcto y estamos dispuestos a cambiar en cuanto haga falta. Cfr. DE BONO, EDWARD, "El pensamiento práctico", Paidós, 2016, pág. 143 y s.s.

387 452 1 65
333 2504 212
755 6 551 7266
403433736 5337436333
435453436343854348

004200743 017077 4441
07717 8158

526422165 231211 6613
2313103747 3287373 090
7 43578843453535 8 54 263237272732176262
432453873 7893 58 32467732342424 7 43
432488472120 54 478 321345712 1762 47
112263732144 54 87 432453436343854348

nyfyf

2126

NEUROCIENCIAS Y DERECHO

637533276 342322 724
34242 14858 44 101
48

8274936363376732628
78023378706060 3 07
177908326 2348 03
187963723183 034
158334287644 04 32

482 94949954378484
543564764 8704 69
543547587749 690
274974843255 65 78

1.3 | Neurociencias y derecho

Testimonio y Neurociencias. Breves reflexiones sobre la necesidad de formatear nuestra concepción sobre la memoria

myf

128



Dr. Rubén Alberto **Chaia**

*Juez de la Cámara Penal de Concepción del Uruguay, Entre Ríos.
Profesor de grado y posgrado. Autor de diversos artículos y libros
como: "La Prueba en el Proceso Penal" (Hammurabi), "Técnicas
de Litigación Penal", 5° Tomos (Hammurabi), "Juicios por Jurados",
2° Tomos (Abogar), "La investigación Penal" (Delta), "Proceso
Acusatorio" (Delta), entre otros.*

Introducción

En la actualidad nadie se sorprende ante la búsqueda de “objetividad” en las pruebas rendidas en los procesos judiciales. Sin embargo, pese al creciente reclamo vinculado a la aplicación de criterios que permitan controlar y refutar las hipótesis de trabajo de los testigos expertos en materia de prueba testimonial parece que nos seguimos manejando con criterios oscurantistas¹, sin distinguir “testigo” de “testimonio” ni “inconsistencia” con “falsedad”, creyendo incluso que la memoria es un baúl de los recuerdos donde todo se encuentra almacenado a la espera de ser rescatado en un interrogatorio. Nada más alejado de la realidad.

Por suerte, el avance de la neurociencia sumada a posturas críticas sobre el convencimiento del juzgador como método exclusivo para fundar las decisiones judiciales, han venido a reforzar las exigencias de mayores controles en la admisión de pruebas, especialmente, en la decla-

ración de testigos expertos².

Mi propuesta en este breve trabajo³, es alertar al lector sobre la necesidad de trabajar sobre estándares más confiables y controlables en materia de prueba testimonial a fin de permitir el control y confrontación de todos los elementos de convicción especialmente, cuando las razones invocadas para decidir, se hunden en lo más profundo de la mente humana sin que se aprecien exteriorizaciones corriendo el riesgo de tomar decisiones incontrolables y arbitrarias.

1 Testimonio, credibilidad y contexto histórico

Como dije, en la actualidad, las neurociencias han desplazado a otras disciplinas y todo se vincula o trata de vincularse con esta área del conocimiento tal como ha sucedido en otras épocas en la historia de la humanidad. Desde esta perspectiva, el funcionamiento de la mente, la memoria y los métodos para averiguar

la verdad del discurso se encuentra íntimamente ligado al contexto histórico –con sus prejuicios⁴– en que se desarrollan las investigaciones sobre el tema lo que tiñe todo el desarrollo científico, jurídico, cultural, social y económico⁵.

Como muestra basta recordar que en la época de apogeo de la revolución industrial, se pensaba que el cerebro funcionaba en base a bombas hidráulicas o a vapor puesto que era ese el mayor descubrimiento científico que había revolucionado una época. Luego se pensó en el funcionamiento del cerebro como una maraña continua de conexiones eléctricas, al ser la electricidad, el gran invento de mitad del siglo XIX. Desde trabajos sobre el sistema nervioso como los de Santiago Ramón y Cajal, se habla del tejido nervioso y las neuronas como fuente de comportamientos en base a billones de conexiones⁶.

Incluso hoy, desde la ciencia, se cree que no está lejos la posibilidad de manipular la información contenida en la

memoria lo que permitiría por ejemplo, borrar recuerdos traumáticos o, no deseados o bien, tener la oportunidad de enlazar y rescatar los recuerdos almacenados en la memoria biológica y transferirlos a soportes artificiales exteriores.

En relación a los menores de edad, en un contexto histórico de afirmación y ampliación de los Derechos Humanos, del reconocimiento de la dignidad de las personas, al menos desde el plano Convencional y Constitucional, es claro que nos haría ruido desconocerle a un menor la posibilidad de ser oído, de ser atendido y protegido por el sistema judicial, siendo que el proceso penal va de la mano del contexto histórico y en sintonía con las nuevas tendencias que sostienen la inexistencia de datos científicos que indiquen que los menores difieren de los adultos en su capacidad para distinguir entre hechos reales y sucesos imaginados⁷. Se afirma que esa perspectiva defectual ha sido superada por la psicología desde los estudios de Piaget que mostraron que el pensamiento infantil presenta caracte-

rísticas propias no comparables con el pensamiento del adulto⁸.

Se alega, desde la psicología experimental, que los menores no son más sugestionables que los adultos, que desde los cuatro años tienen una capacidad de comprensión suficiente de la mentira y la verdad, con aptitud para participar en el sistema legal, lo que le devuelve o aumenta la credibilidad otrora desconocida o depreciada⁹.

Como se aprecia, el prejuicio sobre la menor credibilidad inicial asignada al testimonio de los menores se ha ido revirtiendo a punto tal de remarcar-se la importancia de oírlo, de darle el derecho a expresarse en un ambiente que busque evitar su revictimización.

Además, hoy la psicología cuenta con procedimientos fiables para evaluar la madurez cognoscitiva de los testigos infantiles y el grado de credibilidad de su declaración puede ser puesto bajo la lupa a partir de criterios reunidos desde la experiencia y sobre todo, controlados, confrontados

y puestos sobre el banquillo durante el juicio lo que me lleva a sostener que es un error considerar que con la declaración del menor filmada termina la labor del profesional, que debe adecuarse a los protocolos y quedar sujeto al examen de las partes que, en ausencia del menor, dirigirán al psicólogo todas las preguntas necesarias para evaluar el relato.

Con esta nueva perspectiva se busca y de hecho se ha logrado, dejar de lado el doble nivel de crueldad que el sistema penal le aplicaba a los menores al no presumir que mienten y desconocerlos como sujetos dignos de protección.

2 Testimonio y neurociencia

La declaración testimonial en el proceso penal se aborda en general desde el campo de la psicología incluso, desde la psicología clínica tratándose, en muchos casos, al testigo como paciente. Ahora bien, si nos adentramos en los saberes vinculados a la neu-

rociencia, al estudio de las funciones cerebrales, la memoria “no es considerada una función en sí”, sino un “estado de la función cerebral” y por tanto, la ejecución de las conductas humanas reflexivas e irreflexivas están impregnadas de memoria con lo cual, todo aquello que requiere aprendizaje, capacidad de adaptación y ejecución están íntimamente vinculados a esa función, con excepción, claro está, de aquellos comportamientos predefinidos por la genética¹⁰.

Así, luego de décadas de explorar las llamadas tecnologías convencionales hoy la ciencia se adentra en la maduración de tecnologías emergentes que recogen el avance de las técnicas de neuroimagen y el mapeo cerebral, de la combinación de biología molecular con los progresos de ópticos -optogenética- y la construcción de interfaces neurales, dando cuenta del sustrato físico del aprendizaje y la memoria, detallando los mecanismos moleculares en que actúan las neuronas y constituyen el verdadero material con el que se fabrican los recuerdos¹¹.

Estos avances convergen, según un enfoque que una la nanotecnología, la biotecnología, la informática y la ciencia cognitiva, propiciando un salto cualitativo en la superación de las limitaciones de la resolución temporal y espacial de las tecnologías convencionales abriendo el camino a la comprensión de la conexión entre la estructura –componentes- y la función –memoria- de los distintos niveles, desde el celular y molecular al conductual¹².

Con esto, quiero advertir al lector, que supongo cercano al derecho, sobre la equivocada idea que tenemos al entender a la memoria como “una función cerebral aislada”, que sólo sirve para recordar hechos pasados, para evocarlos, para poner en palabras sucesos históricos. Ese es un gran error y creo que ese es el punto de partida de considerar –equivocadamente- que la memoria, es un baúl de recuerdos, un back up de historias, un anaquel de anécdotas. Por el contrario, desde la observación del premio nobel ru-

so, Iván Pavlov¹³, se ha ido ampliando el conocimiento entre las conexiones neuronales y las conductas, especialmente del aprendizaje y expresión de lo aprendido. Por ello, repito, quien crea que la función de la memoria se agota en la capacidad de recordar, en permitirnos contar una historia, jamás podrá entender por qué el testigo recuerda u olvida.

Si el cerebro está constituido por moléculas que subyacen al pensamiento de la información desde nuestros órganos sensoriales hasta la producción de respuestas y si aceptamos que la conducta se modifica por la experiencia, podríamos afirmar que esas moléculas pueden ser captadas –manipuladas- y con ello, que los recuerdos puedan ser transferidos a un soporte externo mediante el uso de nueva tecnología, y esta concepción física –material diría- supondrían el fin de las técnicas de validación del testimonio que pasarían por cotejar lo dicho por el testigo con lo que se observa

pasando a un segundo plano las interpretaciones que puedan hacerse sobre lo que ha dicho¹⁴. Este cambio copernicano echaría por tierra toda la concepción sobre el proceso y en especial sobre la prueba testimonial cambiando el eje hacia prácticas donde el centro de la escena lo ocupará el modo en que se manipule el recuerdo¹⁵.

Para que se entienda y con las disculpas del caso por la simplicidad con que trato este complejo tema; se buscaría evitar la alteración, adulteración o manipulación del registro tal como hoy se hace con un video de una cámara de seguridad.

3 Memoria y recuerdo

Partiendo entonces de este enfoque sobre la concepción de la memoria, el hombre como ser histórico puede conservar sus vivencias de modo tal que, a partir de sus experiencias, adquiere conocimiento, tiene conciencia de su continuidad en el tiempo,

utilizando lo vivido en el pasado para conducirse en el presente y proyectar su futuro. Así, la memoria no es una función cerebral en sí, es un estado de la función cerebral que se extiende a una multiplicidad de regiones cerebrales y penetra prácticamente todo el comportamiento humano entendido como tal a la conducta observable.

La memoria hace que todo pasado del hombre esté potencialmente en el presente en cada circunstancia de su vida¹⁶. Le sirve para sobrevivir, adaptarse, tomar decisiones, realizar actividades, asumir o adelantarse a eventuales riesgos, entre otros aspectos vitales.

Cuando suceden episodios con relevancia penal, la declaración testimonial de la víctima, esa vivencia traumática, suele ser la única prueba con la que se cuenta para establecer lo sucedido lo que exige un enorme esfuerzo a fin de recuperar ese hecho histórico pasado y poder establecer lo sucedido.

Y cómo es posible recordar, en principio porque la memoria ha atravesado el llamado “proceso mnemónico” que distingue las fases de fijación, conservación, evocación, reconocimiento y localización¹⁷.

De este modo se ha establecido:

a- Primera fase: fijación de vivencias, depende de las condiciones del sujeto y del objeto. En relación al objeto: son más fácil de fijar aquellos que se tratan de una totalidad con sentido, de un texto con nexos lógicos que palabras aisladas. Que resalte por brillantez, por ejemplo los mejores vestidos, los más coloridos, los colores rojos o amarillos son los más fijados al igual que los sonidos vivos y agudos. Que posea ritmo: los versos son más fáciles que las prosas. Que sea más pequeño o más grande. Que se encuentre ligado a deseos y necesidades. A afectividades como amor, al temor, al odio al pánico, dolor.

b- Segunda fase: la conservación: por la cual perduran las vivencias

en el recuerdo para poder ser actualizadas más tarde. Se almacenan desde lo biológico a partir de transformaciones químicas de células nerviosas y desde el punto de vista psicológico, la fijación de las vivencias en el recuerdo está supeditada a la utilidad que pueda tener en el futuro lo que se conoce como selección psicológica del recuerdo. De este modo, se pierde rápidamente el recuerdo de lo que no le interesa al sujeto y recuerda selectivamente lo que puede interesar.

c- La tercera fase es la evocación: que consiste en actualizar, en traer a la consciencia del presente un recuerdo. La evocación puede ser espontánea o voluntaria. La primera, el recuerdo viene sin que el sujeto lo provoque, en cambio en la segunda, el sujeto de manera consciente e intencional trae ese recuerdo al presente. La evocación está ligada con la vida, las circunstancias, los momentos y el presente de ahí que un aroma, un sitio, una canción nos puede traer recuerdos.

d- La cuarta fase es el reconocimiento: por medio del cual el sujeto sabe que ese recuerdo pertenece al pasado, que es parte de su vida, de su experiencia. Esto desencadena funciones vitales, afectivas, motrices sin que el sujeto sepa conscientemente de qué se trata. Por ejemplo en un sentimiento de familiaridad, leer un texto que ha sido leído antes, que no podemos precisar dónde o cuándo. El reconocimiento cabal de un hecho pasado es lo que nos otorga historicidad y continuidad en el tiempo.

e- La quinta fase es la localización, es la ubicación en espacio y tiempo de un recuerdo. Saber dónde y cuándo ocurrieron los hechos. Con ello se ordena el pasado. La localización inmediata reconoce si el hecho sucedió hace poco, mucho, antiguo, reciente. La localización precisa, por su parte, sitúa al suceso dentro de un conjunto de hechos en un marco temporal y espacial. En los testigos se exige una localización precisa, detalles de sitios, fechas, acciones, sin embargo, el olvido y otras inter-

ferencias pueden complicar traer ese recuerdo al presente.

4 El olvido

El olvido es la imposibilidad de hacer patente y actual un recuerdo determinado de manera transitoria o definitiva. Acontece cuando el recuerdo se debilita, se transforma o se retrae a lo inconsciente. Fue Ebbinghaus el primero en estudiar sistemáticamente la pérdida de información en la memoria por efecto del paso del tiempo definiendo lo que se conoce como la "curva del olvido de Ebbinghaus"¹⁸.

El olvido, como función mental normal, es necesario, ya que si recordáramos todos los acontecimientos que hemos tenido, todo lo realizado, la vida sería imposible. En condiciones normales, olvidamos selectivamente dado que los recuerdos están jerarquizados por el cerebro según su contenido, interés, aspectos emocionales, entre otros factores¹⁹.

Gracias al olvido, podemos retener lo importante para la vida presente y futura²⁰. Se da en distintos grados de profundidad:

- a-** En ocasiones no podemos evocar un recuerdo pero lo reconocemos.
- b-** Podemos evocar un recuerdo de forma accidental pero no voluntariamente.
- c-** No podemos evocar un recuerdo de ninguna forma pero sabemos que lo hemos olvidado.
- d-** No podemos evocar de ninguna forma ni tenemos conciencia de haberlo sabido alguna vez.

De este modo, el olvido no se trata de una “falla” humana –salvo claro está los olvidos patológicos– sino de una actividad normal, habitual de la memoria por cuanto nos permite procesar las vivencias, generar archivos para entender cómo funciona el mundo en que nos rodea en ese momento y espacio pero además, detectar riesgos y recompen-

sas dentro del ámbito en que nos movemos a fin de adoptar las precauciones o bien, aceptar ciertos acontecimientos²¹.

Con ello quiero significar y simplificar, que tenemos memoria porque olvidamos. El tanta veces invocado cuento de Borges, “Funes el memorioso”²² pone de relieve las peripecias del pobre Irineo Funes que era capaz de recordar pero incapaz de olvidar, no podía transformar sus recuerdos en pensamientos, no podía pasar por alto lo irrelevante ni establecer asociaciones ni construir ideas generales sobre las cosas. De ahí que para los seres humanos poder olvidar es tan importante como poder recordar²³.

5 ¿Es posible implantar un recuerdo?

Alejados de una concepción naif de la memoria y desvinculados de toda pretensión de “objetividad” podemos decir que el recuerdo puede ser implantado sin que ello signifique que lo sea voluntaria o maliciosamente implan-

tado. Es decir, no debe confundirse la evocación errónea de un recuerdo con la intención de mentir²⁴.

Cuando al testigo se le pide recordar, se le exige que haga un relato coherente y completo del suceso, que dé una fotografía del suceso a partir de esa caricatura y para llevar a cabo esa tarea, el testigo rellena los espacios vacíos, desdibujados, inexistentes, completa todo lo que no tiene almacenado en la memoria y ese relleno se realiza por inferencia que recoge de conocimientos o experiencias previas y por supuesto, de información colectada luego del suceso, sea por los medios de comunicación o por comentarios de otras personas. Esas interferencias pueden resultar correctas o no. Ese proceso hace que las memorias falsas y distorsiones de recuerdos estén mucho más presentes de lo que se cree.

Incluso, más allá de la propia dinámica del proceso, tal como refiere Diges Junco, en un trabajo de campo, con cierta técnica y varios encuentros con los participantes es posible implantar re-

cuerdos. Agrega que cuando la persona posee recuerdos previos de esa clase de sucesos es más fácil implantar los detalles o circunstancias. Sostiene que los recuerdos implantados crecen en riqueza y detalles a medida que se repiten los intentos de evocar el recuerdo con preguntas sugestivas, dando a entender que el episodio ocurrió.

Tengamos presente que hablo aquí de implantar un recuerdo conforme lo que señalan los estudios; ahora bien, los detalles o circunstancias sobre un recuerdo que no fue implantado y que luego son valorados para establecer la verosimilitud del relato, pueden inferirse por parte de los testigos, de respuestas mal formuladas, de allí la necesidad de no enriquecer este circuito.

De ello se infiere que, cuando mejor se haga el interrogatorio, más probabilidad existe de que las respuestas sean aquellas que respondan a recuerdos reales, no implantados. Ha sido la doctora Loftus, quien ha trabajado en estos aspectos con mayor intensidad a punto tal de recibir el *Award for Distin-*

guished Scientific Applications of Psychology, por parte de la Asociación Americana de Psicología en el año 2003.

En uno de sus trabajos, realizó una experiencia junto a un grupo de personas que, después de unos minutos de conversación, recordaban felices el día en que, siendo niños, Bugs Bunny los había abrazado en su visita a Disney World. Incluso sentían la piel del personaje y sonreían de pensar cómo acariciaban sus enormes orejas. Más de una tercera parte de las personas que participaron en la investigación recordaron ese momento que es imposible que ocurriera porque el famoso conejo no es un personaje de Disney -después de que un científico indujera deliberadamente esa falsa memoria-. En sus estudios la experta en memoria, ha llegado a señalar que las personas que adoptan falsos recuerdos no son ingenuos ni enfermos, ya que el proceso forma parte de los mecanismos naturales de la memoria humana, que fabrica recuerdos a partir de la experiencia y, también, a partir de sensaciones vividas como

reales. En tanto si se agregan detalles sensoriales -materia prima de los recuerdos-, el proceso de la memoria se perturba y la gente puede recordar cosas que nunca existieron.

En Estados Unidos, Davis y Loftus trabajaron con el caso del vuelo 800 TWA, accidentado el 17 de julio de 1996 en el cual murieron 230 personas²⁵. Los testigos describieron que el avión cayó a causa de un ataque con un misil. Se instaló la teoría del misil y, aunque luego se demostró que fue un desperfecto eléctrico lo que originó la caída del avión, muchos testigos siguieron sosteniendo esa teoría. Los medios de comunicación habían informado esa teoría antes de los resultados finales y aun hoy se encuentran artículos relacionados al asunto sin que muchas personas cambien de parecer luego de las pericias.

Pero no son las únicas experiencias. Una forma de comprobar que es posible implantar recuerdos es hurcando en anécdotas familiares, de cuando éramos pequeños, aquellas

contadas una y otra vez. Lo primero que vemos a la distancia es que se iban nutriendo de detalles con el paso del tiempo y también, que resultan abiertamente exageradas las situaciones buscando quizás mejor recepción por parte del público. Con una simple práctica podemos comprobar que hay hechos o circunstancias que han sido implantadas, modificadas, acomodadas²⁶.

Cualquier información que llegue al testigo luego del suceso tendrá impacto en su memoria, mucho más aquella que proviene de la presión social²⁷. Se sabe además que la implantación del recuerdo es más factible cuando se trata de un tema compatible con nuestras creencias de modo tal que, cuando no resulta compatible, es más improbable que sea aceptado²⁸.

6 ¿Cuál es el origen de las falsas memorias?

Muchos son los factores que dan lugar

a la creación de memorias falsas las que, como hemos podido ver, en ningún modo pueden considerarse exclusivo producto de la intencionalidad del testigo de mentir.

Así, contribuyen principalmente a formar una falsa memoria: a) la información pos suceso, b) la imaginación, c) la reconstrucción del suceso, d) las recuperaciones múltiples, e) diferentes tipos de terapias como la imaginación guiada, f) algunos métodos de obtener declaraciones²⁹.

En tanto, los factores que influyen sobre ellos son: a) el tiempo transcurrido –demora en la recuperación de la memoria–, b) el tipo de detalles sugerido –si son compatibles, familiares, plausibles, si es información periférica o central³⁰–, c) la redacción de las preguntas³¹, d) el orden de las preguntas³², e) la prevención ante eventuales factores contaminantes –que puedan aportar información falsa–³³, f) el empeño puesto en identificar la fuente de información³⁴ tanto por el testigo como por el examinador, entre otros.

Esto nos habla de la enorme precaución que debe tenerse al valorar un testimonio. No significa que todo lo recordado y declarado sea falso o imaginado por el testigo pero, es probable que estos factores como también, aquellos provenientes de auto sugerencias a partir de su conformación, experiencia o vivencias anteriores influyan en aspectos importantes o periféricos.

No obstante ello, el examen representa el mayor riesgo de contaminación dentro del sistema judicial. Como veremos, allí no sólo influye el tipo de preguntas, tal como advertía Binet en 1900, el lenguaje utilizado en el examen resulta muy peligroso. Es decir que la sumatoria de pregunta, lenguaje y microclima pueden llegar a teñir un recuerdo a moldearlo en función de lo que el examinador busca encontrar más de lo que el testigo tiene para dar³⁵ –¿sesgo de confirmación?–.

Por último, el testigo puede creer firmemente en el recuerdo engañoso,

implantado por cuanto no le es fácil discriminar el origen de la información, las fuentes utilizadas³⁶. Pero además, a estos aspectos provenientes de los estudios del cerebro hay que agregarle que en el caso de un examen de testigo –sea mayor o menor- el sujeto quiere concluir rápidamente, irse a su lugar de seguridad y confort y abandonar rápidamente el estrado o la cámara Gesell, por tanto es probable que venga ya con una idea armada de lo que declarará, un núcleo que se amoldará a las preguntas, incluso, en ocasiones a lo que el examinador quiere oír para poder salir airoso del trámite y volver a su casa.

De allí mi insistencia en evitar todo tipo de contaminación en el examen y de hacer una tarea más consistente y comprometida con la pureza del recuerdo. No se vulnera el derecho del menor preguntando lo que hay que preguntar de forma adecuada, respetando sus tiempos y silencios, sí creo que se trasgrede su dignidad tratándose de manera sobre protectora,

haciéndole perder su lugar, cosificándolo o instrumentalizándolo, facilitándole información para que declare en el sentido que se espera y no sobre lo que realmente recuerda.

7 Testimonio, olvido y verdad

Cabe señalar que el testigo no siempre tiene intención de engañar al juez o jurado afirmando una falsedad, es más, hay una idea generalizada en que dirá la verdad pero, en la mayoría de los casos en que no se conduce con absoluto apego a lo que sucedió, generando inconsistencias o contradicciones involuntarias, puede obedecer a diversos factores no necesariamente vinculados con el ánimo de engaño, sino a otras causas como el tiempo transcurrido desde el hecho hasta la declaración, la atención prestada al suceso, su conducta y la de terceros involucrados en el hecho, los traumas posteriores, los daños padecidos, la información pos suceso, este cúmulo de elementos puede llevar al testigo a señalar aspectos

imaginados, añadidos, sugeridos, incluso a completar detalles no percibidos u olvidados.

De este modo, la inexactitud de un testimonio puede provenir de una declaración que no se encuentre asentada en la falsedad consciente –vg mentira- de las proposiciones fácticas introducidas por el testigo. Los factores que he mencionado hacen que la inexactitud más que un defecto aparezca como una característica propia y esperada del proceso de la memoria, por ese motivo, hay que trabajar mucho y distinto a como se hace en la práctica en el interrogatorio tanto del experto como del menor.

En relación al tiempo, así como resulta prácticamente inútil para la investigación concurrir a una escena del crimen dos años más tarde atento a las enormes transformaciones y/o alteraciones que puede haber sufrido el lugar y los rastros e indicios depositados, del mismo modo, el indicio cognitivo constituido por el recuerdo,

se deteriora con el paso del tiempo reconstruyéndose cada vez que el testigo evoca y recupera el recuerdo sumando la posibilidad que se contamine con información del entorno, las preguntas formuladas, los medios de comunicación o los comentarios de otras personas³⁷.

Vemos cómo el recuerdo es sometido a un proceso de degradación y contaminación permanente que será especialmente grave cuando se trate de testigos vulnerables. De este modo, se puede afirmar que cuanto más tiempo pase y, mayor transcendencia mediática tengan los hechos –incluso la divulgación de información por redes sociales– mayor puede ser la transformación del recuerdo; situación que agrava al considerar que a la fecha, los estudios sobre el funcionamiento de la memoria muestran que no existe ningún procedimiento que permita recuperar los recuerdos originales una vez que éstos se han transformado³⁸.

Con lo dicho, sintéticamente podemos decir: a) el olvido aparece como

un proceso natural que influye sobre el recuerdo al codificarse y durante el testimonio al intentar recuperar ese recuerdo, b) la interrelación testigo-interrogador genera un marco para la narrativa que puede resultar teñida por el accionar del segundo, c) los errores o inconsistencias del recuerdo no deben relacionarse exclusivamente con el falso testimonio ni con la predisposición a mentir del testigo. Esa conclusión, constituye un habitual y grave error en la práctica que lleva a enfocar al interrogatorio desde una perspectiva equivocada.

En función de lo expuesto, más allá del grado de confianza que nos pueden inspirar los criterios de validación de testimonios, quiero significar que la aspiración positivista de generar métodos cien por ciento seguros sobre una evaluación testimonial y su posterior valoración es una consideración reduccionista del testimonio.

En mis obras he trabajado con criterios de validación, he intentado brin-

dar herramientas a fin de litigar con transparencia sobre este tema sin embargo, existe aún un universo de cuestiones no resueltas ni siquiera abordadas por tanto, toda aspiración de verdad debe contentarse con validación o confirmación y desde allí, mediante pruebas o elementos de confirmación periféricos, llegar a un resultado sobre las proposiciones fácticas contenidas en las hipótesis de trabajo de cada parte.

Es necesario que trabajemos y discutamos el estándar de prueba con el que resolvemos los casos y también, los métodos que utilizamos para dar crédito a los testimonios. Como siempre digo, no hay casos de testigos únicos, hay casos mal litigados por ello es importante buscar elementos periféricos de corroboración del testimonio distinguiendo así, al portador de la información –el testigo– de su mensaje o contenido³⁹.

Desde luego que no es mi intención reemplazar al experto ni que se resuelva en función del conocimiento

privado del juez, simplemente repito, quiero aportar herramientas para un debate racional y especialmente, que todos podamos entender.

8 Recuerdo, engaño e intención

Como hemos visto, no toda falta a la verdad implica mentira, como afirmaba San Agustín, la mentira exige intencionalidad, conciencia de que es lo cierto y del carácter incierto de lo que se afirma por tanto los errores, las equivocaciones, las malas interpretaciones, las respuestas a preguntas sugestivas, no constituyen mentira⁴⁰.

Sólo a modo ilustrativo, habré de consignar la taxonomía de las mentiras propuesta por Whiten y Byrne, resumida en el siguiente listado:

a- Ocultación: situación en la que el emisor oculta algo al receptor.

b- Distracción: donde el emisor desvía la atención al receptor hacia un tema secundario, sin importancia.

c- Creación de imagen: el emisor simula una situación falsa buscando llevar allí la atención.

d- Uso de herramientas: el emisor utiliza herramientas sociales en su propio beneficio.

e- Desvío: el emisor desvía la atención del receptor hacia un tercero.

9 Memoria, recuerdo y sugestión

La mayoría de la doctrina especializada acepta el testimonio de los menores pero en muchos casos, se pone de relieve la necesidad de llevar adelante interrogatorios que no alteren el recuerdo a partir de las sugerencias que ellos mismos contienen, especialmente cuando se trata de niños en edad preescolar.

Se llama “sugestibilidad” a la tendencia para integrar información posterior en su sistema de pensar, recordar y más adelante relatar estas informa-

ciones como hechos vividos⁴¹.

La doctora Margarita Diges Junco realiza un pormenorizado análisis de los efectos contaminantes de la sugestión en la declaración y postula desde la psicología del testimonio, el impacto sobre la información que proporcionan testigos y víctimas a partir de preguntas sugestivas⁴². La experta, con asiento en trabajos de Elizabeth Loftus, señala que las preguntas sugestivas pueden modificar lo que el testigo informa que recuerda⁴³.

En este sentido, la doctora Loftus sostiene que la desinformación -vg acto de plantar información errónea o falsa- puede llevar a las personas a tener “falsos recuerdos muy ricos” los que una vez abrazados pueden ser expresados con confianza y detalles. En ese punto pone de relieve los actuales trabajos con técnicas de neuroimagen para ayudar a localizar partes del cerebro que puedan estar asociadas con recuerdos verdaderos y falsos con el fin de

ayudar en la detección sin embargo advierte que aún se encuentran muy lejos de tal cometido⁴⁴.

Retomando a los factores que aumentan la sugestión, Margarita Diges Junco, afirma que la sugestión aumenta en testigos que son incapaces de detectar la discrepancia entre lo sugerido por medio de la pregunta y lo percibido atendiendo al “Principio de Detección de Discrepancias”, que significa: a medida que disminuye la capacidad para detectar las discrepancias aumenta la posibilidad de sugestión.

Otros supuestos que repercuten sobre el recuerdo y la probabilidad de mayor injerencia de la sugestión son:

a- El tiempo, por medio del cual los testigos añaden detalles y se olvidan otros, realizan inferencias o construcciones. Cuando más se aleja el relato del suceso más posibilidades existen de formatear la memoria quitando, sacando, agregando detalles o circunstancias al recuerdo.

b- La falta de atención⁴⁵ a la escena por estar haciendo una segunda actividad mientras sucedía, como ocurre al ir conversando por teléfono cuando acontece un choque. Al disminuir los recursos atencionales disminuye la cantidad de información que se puede recoger como también los detalles y sus relaciones. El recuerdo se torna pobre y en ocasiones erróneo, más vulnerable a la sugestividad.

c- En cuanto a los niños, teniendo en cuenta que van añadiendo progresivamente conocimientos y recursos atencionales, en términos generales indica que aquellos entre tres y seis años no tienen una base de conocimiento sólida sobre muchas situaciones cotidianas lo que implica que recogen los detalles percibidos de acuerdo con esquemas más simples, en tanto que sus recursos cognitivos van aumentando con la edad. Por ello afirma, que los más pequeños pueden recordar un suceso novedoso de forma elemental, con falta de detalles e incluso, mal interpretar el suceso, lo que los ha-

ce más vulnerables a las preguntas sugestivas.

No obstante ello, reafirma la fiabilidad de la memoria de los más pequeños señalando que sus recuerdos, a veces, son sorprendentemente ricos en detalles poniendo el acento reitero, en la mayor posibilidad de modificar sus respuestas de los más pequeños a partir de preguntas sugestivas⁴⁶.

d- También influye, para todo tipo de testigos, la vida en el mundo real, lo cotidiano, donde la desinformación o las sugerencias sobre los hechos vienen de diversas formas y fuentes. Por ejemplo cuando los testigos de un evento hablan entre ellos luego del evento, pasado un tiempo o antes de declarar, cuando son interrogados con preguntas importantes o técnicas sugerentes, cuando ven o escuchan la información a partir de cobertura de los medios de comunicación sobre el hecho, cuando la gente opina de lo sucedido y sienten temor, presión o simplemente, incorporan datos reales o falsos que antes no conocían. Todos

estos factores de información pueden entrar en la conciencia y contaminar la memoria.

Pero estas no son las únicas fuentes de contaminación o distorsión, a medida que recuperamos y reconstruimos la memoria, las distorsiones pueden aparecer sin una influencia externa explícita, y estas pueden convertirse en piezas de información errónea incluso, podría ser el resultado de procesos basados en inferencias, o algún proceso de distorsión en los recuerdos⁴⁷.

10 Conclusión

A partir de lo expuesto y nuevamente pido disculpas por lo apretado de ésta síntesis, es claro que no toda persona que olvida tiene intención de mentir. Debemos desterrar la idea de trabajar sobre la detección de mentiras más bien hay que centrarse en criterios racionales para evaluar la credibilidad en términos de aceptables que permitan controlar el método y con-

frontar las conclusiones.

El olvido está lleno de memoria⁴⁸, como genialmente describe Mario Benedetti y no todo olvido implica mala intención del testigo por ello debemos utilizar los métodos que el proceso ofrece para “marcar contradicciones” o “refrescar la memoria” sin caer en el facilismo de creer que todo se puede recordar con precisión fotográfica.

El recuerdo no se petrifica, no es una fotografía, late, vive, cambia, se altera, de ahí la importancia de conocer cómo funciona la memoria y en qué medida los recuerdos pueden ser evocados en el presente. Los motivos⁴⁹ que pueden llevar al olvido son:

a- El decaimiento pasivo por desuso: al no ser necesaria la evocación de algunos recuerdos, estos se debilitan con el paso del tiempo y terminan por desaparecer⁵⁰. Tal como señala Borges en su poesía “Mis noches están llenas de Virgilio; haber sabido y haber olvidado el latín es una posesión, porque el olvi-

do es una de las formas de la memoria, la otra cara secreta de la moneda”.

b- La distorsión sistemática: por el paso del tiempo el recuerdo no sólo se va borrando sino que además, se transforma, cambia. Los cambios se producen por a) nivelación: tienden a suavizar las irregularidades, los hechos salientes. b) agudización: hay hechos que en vez de nivelarse se acentúan en sus rasgos e impresiones. c) asimilación: se tienden a incorporar los recuerdos a lo que es más familiar y frecuente en nuestra vida. Por ejemplo: al recordar un accidente de tránsito, los detalles trágicos sobresalientes del hecho aparecen menos dramáticos –por nivelación-. La persona más herida se recuerda peor de lo que estuvo realmente –agudización- y se normaliza la situación total del accidente volviéndolo parecido a otros sucesos de la misma índole de la que tenemos experiencia –asimilación-.

c- La inhibición retroactiva y proactiva: la primera se da cuando un nue-

vo aprendizaje interfiere un aprendizaje anterior. Por ejemplo un sujeto aprende una lista de palabra y después aprende otra lista. Cuando quiere reproducir la primera lista lo hace con más dificultad que otro que aprendió solo la primera lista. La proactiva se da cuando un aprendizaje anterior interfiere un nuevo aprendizaje. Por ejemplo la experiencia anterior el sujeto aprende una lista de palabras y luego otra y cuando quiere reproducir esta última lo hace con más dificultad que un sujeto que haya aprendido esta sola lista.

d- La represión: ciertos recuerdos que perturban al sujeto no vuelven a acceder a la conciencia. Es el “yo de la conciencia reflexiva” denominado “censura” por Freud que al adherir a ciertas normas molares, sociales o religiosas, vuelve inconsciente los contenidos que se oponen a ella⁵¹.

Por último, tengamos presente los factores que influyen en la exactitud de los testigos, una cosa es el olvido como proceso natural de la memoria,

otra es el recuerdo y una muy distinta es la exactitud o precisión del recuerdo. El testigo puede recordar algo, poco o mucho dependiendo de diversos factores entre los que el tiempo y la forma en que se produjo la codificación y recuperación de la información juega un papel importantísimo. Existen ciertos factores comunes que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar la exactitud del testimonio y que actúan sobre el suceso, el testigo y el proceso.

Sobre el suceso: a) las condiciones perceptivas, b) duración, c) violencia, d) detalles impactantes. Sobre el testigo: a) género, b) edad, c) raza, d) entrenamiento, e) expectativas y creencias, f) ansiedad, g) rol del testigo. Sobre el proceso: a) demora en recibir la declaración, b) información pos suceso, c) declaraciones previas, e) forma de recuperación.

Estos factores son clave a la hora de establecer calidad y cantidad del recuerdo que puede ser evocado bajo determinadas circunstancias por tan-

to, hay que trabajar intensamente sobre ellos en pos de encontrar elementos que permitan evaluar con mayor precisión la credibilidad del testigo y el contenido de su relato sin dejar todo librado a la suerte o a lo que en definitiva diga el experto que lo entrevista. Por ese motivo, no es posible ir a la práctica con un listado elaborado para todos los casos, es necesario conocer a la perfección los antecedentes de ese caso para poder formular las preguntas que permitan sentar las bases de un estudio fundado.

En definitiva, debemos reformatear nuestra concepción sobre memoria, testigo, testimonio, recuerdo, olvido e incorporar los avances de la ciencia al menos, hasta que algún día, puedan extraerse los recuerdos y ser leídos mediante dispositivos externos lo que sin dudas generará un nuevo debate en materia de intimidad, privacidad, reserva, fin del proceso y respeto por la dignidad humana. Hasta ese momento, que no lo veo tan lejano, pongamos nuestro esfuerzo en mejorar la litigación brindando a las partes el

derecho a controlar y confrontar las pruebas y al juez, la posibilidad de decidir con la mejor información⁵². ■

CITAS

¹ Propios de la Lógica de las Hogueras descritos por NATHAN WACHTEL, *Fondo de Cultura Económica*, 2014, p. 37 y ss. Entre los dos extremos, advierto que también me preocupa que ahora caigamos en sesgos por medio de los cuales menospreciamos la actividad probatoria, ante la omisión de aplicar “tecnología” o “inteligencia artificial” al proceso. Los sesgos no son un problema de las máquinas sino de la sociedad y las personas que los utilizan incluso, como modo de facilitar la toma de decisiones. Ver: DANIEL KANHEMAN, *Pensar rápido pensar despacio*, Debate, 2014, p. 23 y ss. No es mi intención abordar este tema, sólo a modo de luz amarilla sobre lo que entiendo hasta aquí irremplazable y por tanto necesario: el trabajo humano en la preparación estratégica del caso.

² A modo de Ejemplo puede verse el llamado “Daubert Test”, con asiento en “Daubert

v Merrell Dow Pharmaceuticals”, 509, US 579, (1993). Al fallo “Daubert” lo siguieron “General Electric v Joiner”, 522, US 136 1997 y “Kumho Tire v Carmichael”, 526, US, 137, 1999. Estos casos lograron que se modificara en el año 2000, la Regla 702 (REF). Un testigo calificado como experto por conocimiento, habilidad, experiencia, capacitación o educación puede testificar en forma de opinión o de otra manera si: (a) el conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado del experto ayudará al experto a comprender la evidencia o determinar un hecho en cuestión; (b) el testimonio se basa en datos o hechos suficientes; (c) el testimonio es el producto de principios y métodos confiables; y (d) el experto ha aplicado de manera confiable los principios y métodos a los hechos del caso”, Chaia Rubén, *Técnicas de Litigación Penal*, Hammurabi, 2020, tomo I, p. 354 y ss., al tratar el Test de relevancia del testimonio del experto.

³ Para profundizar, puede verse: CHAIA RUBÉN, *Técnicas de Litigación Penal*, Hammurabi, 2020, tomo III, p. 21/225. .

⁴ Sostiene SHAPIRO, que la determinación de la credibilidad de los testigos se convirtió en fundamental para el juicio penal con el uso

creciente de testigos en los tribunales de derecho común. Afirma que FRANCIS BACON al principio y SIR MATHEW HALE a fines del siglo XVII acordaron que la ley dejaba “los discernimientos de crédito del testimonio totalmente a las conciencias y la comprensión de los jurados”. HALE señaló: “Una cosa es que un testigo sea admisible para ser escuchado, otra cosa, si se les debe creer cuando se les escucha”. Aunque los miembros del jurado debían considerar a los testigos como “honestos, buenos e indiferentes, hasta que se demuestre lo contrario”, eran “jueces del hecho, y también de la probabilidad o improbabilidad, credibilidad o incredulidad de los testigos y el testimonio”. A principios del siglo XVI, los jurados ya estaban considerando cómo la ligereza, el odio o la corrupción del dinero afectaban la credibilidad. Un poco más tarde, Hale, el jurista más respetado de su época, indicó que los jurados debían juzgar la “Calidad, transporte, edad, condición, educación y lugar de honor de los testigos” al dar “más o menos crédito a su testimonio”. El juez Francis North también enfatizó consideraciones de reputación, “inclinaciones” y “educación”. Thomas Hobbes señaló que la evaluación del testimonio involucraba tanto “el dicho del hombre” como “su virtud”. El estado moral y la reputación es-

taban relacionados, pero no idénticos, con el estado social y económico. Las suposiciones sobre testimonios confiables correspondían aproximadamente a la jerarquía social existente. Las personas independientes contaban más que los dependientes, los sirvientes, las esposas o los pobres, cfr., Testimony in seventeenth-century English natural philosophy: legal origins and early development, *Studies in History and Philosophy of Science Part A*, Vol. 33, Universidad de California a Berkeley, Berkeley, California 94720-2670, United States, junio 2002, p. 243/63.

⁵ BENTHAM por ejemplo trabaja en la vergüenza y el juramento con asiento en el posible castigo divino y legal como factores que actúan a favor de la declaración verdadera. La vergüenza afirma, es la garantía de veracidad del testimonio. Como vemos, una vez más, se trabaja sobre las personas y en este caso, sobre mandatos o imposiciones legales, morales, éticos o religiosos pero no sobre lo que dicen al declarar, *Tratado de las pruebas judiciales*, 2002, p.71. MITTERMAIER también habla del juramento como garantía de una declaración verdadera a lo que agrega las formas legales y la publicidad de las deposiciones. *Tratado de la prueba en materia criminal*, 1979, p. 322.

⁶ Como veremos, los estudios de la memoria no estuvieron ajenos a los vaivenes de la época. Del positivismo y su búsqueda de la verdad y la exactitud en el método se pasó a una orientación marcadamente más empirista en el conocimiento de la psicología y en especial de los testimonios que hoy se pretende llevar al ámbito forense con la aplicación de “criterios de realidad” que pueden ser evaluados por un experto observador. Hoy, nuevos aires llevan a suponer que se intenta ir desde el acto de testificar al acto de recordar. Al respecto, ver: NAVARRO MEDEL, *Evaluación de la credibilidad discursiva de niños niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales*, Tesis, Universidad de Chile, 2006, p. 18. Un estudio revelador sobre la evolución del pensamiento del hombre en relación a los mitos, la religión y las ciencias puede verse en: *Homo deus. Breve historia del mañana*, 2017 y *De animales a dioses*, HARARI.

⁷ DIGUES – ALONSO QUECUTY, *El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual de menores*, 1994, p. 43/66. Por su parte MANZANERO respondiendo a la teoría de los niños como testigos potencialmente peligrosos que se aplicó a principios del siglo

XX, afirma “a pesar de todas las evidencias que muestran que los niños pueden ser tan capaces como los adultos al recordar un suceso, todavía permanecen las creencias populares de nuestros días estas teorías de principios de siglo, que sugerían de estudios sin ninguna metodología experimental adecuada”. *Psicología del testimonio*, 2018, p 185. Sin embargo el autor pone el acento en señalar que, según estudios, de Gardner, los niños pueden ser manipulados por un progenitor en contra de otro conforme las teorías de “alienación parental”. En definitiva sostiene que la credibilidad que se le atribuye al testimonio de un niño depende de la época y múltiples factores como son el tipo de suceso que relata, la cantidad de contradicciones en que incurre y la edad del niño. En el tomo III de Técnicas de Litigación Penal, he trabajado sobre los diversos criterios de validación del testimonio distinguiéndolo del testigo.

⁸ “Evaluación de la credibilidad discursiva de niños niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales”, NAVARRO MEDEL, Tesis, Universidad de Chile, 2006.

⁹ TAPIAS - AGUIRRE - MONCADA - TORRES, *Validación de la técnica "Análisis de contenido*

*basado en criterios" para evaluar la credibilidad del testimonio en menores presuntas víctimas de delitos sexuales, que asisten a la unidad local de atención al menor (ULAM) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en Bogotá, p.19. Si bien los estudios sobre recuerdo infantil han demostrado una mayor susceptibilidad la sugestión de niños en los preescolares, los autores sostienen que la sugestionabilidad no es condición sólo de niños sino una característica de los procesos mnémicos de recuperación que presentan también los adultos. Para quienes han sostenido estas conclusiones, las declaraciones falsas o inexactas no son consecuencias de eventuales déficit cognitivos de los menores sino del modo en que se realizan las entrevistas y el carácter inductivo o abierto de las preguntas que se le formulen al niño. Con cita de POOLE, LAMB, BULL, CANTON Y CORTES ver: NAVARRO MEDEL, *Evaluación de la credibilidad discursiva de niños niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales*, 2006. En el trabajo se señala que la tasa de acusación no comprobada en Chile ronda entre un 15% y un 20%, afirmando por tal motivo que, en general, cuando un niño denuncia un abuso, la agresión efectivamente ha ocurrido. Como vemos, es importante determinar con el ma-*

yor nivel de precisión posible si la denuncia es o no veraz y allí deben concentrarse los esfuerzos sin contentarnos afirmar en abstracto con estudios que concluyan sobre el bajo nivel de falsedad del contenido de las denuncias. No debemos olvidar que muchas veces, se condena exclusivamente en función de una denuncia –o el testimonio del menor en esa oportunidad-, sin volver a tomar contacto con el menor ni tener la posibilidad de confrontar sus dichos. Este es el gran tema de las declaraciones de menores. No se trata que mientan deliberadamente sí, según se ha establecido, son más propensos a la sugestión y si a eso se le suma que sólo pueden ser entrevistados una vez –por regla general, digo- y que al tratarse de delitos que se producen en la intimidad es probable que no haya otros elementos para valorar, la declaración se vuelve medular y requiere un esfuerzo enorme por parte de quien recibe la declaración para no influir en ella y de los sujetos procesales para verificar la credibilidad del testimonio en base a criterios que puedan ser controlados y puestos en tela de juicio durante el debate.

¹⁰ Ya Hipócrates sostenía que el cerebro era el responsable exclusivo de las alegrías, los placeres, la risa, la diversión y de la pena y

aflicción, el desaliento y las lamentaciones y que gracias al cerebro adquirimos sabiduría y conocimientos, vemos, oímos y sabemos lo que es repugnante y aquello que es bello, lo que es malo y lo que es bueno, lo que es dulce y lo que es insípido. En épocas de dominio religioso, la memoria junto al entendimiento y la voluntad formaban parte de las facultades del alma. Luego, con la corriente llamada frenología, especialmente con aportes de Franz Joseph Gall, se introdujo la noción de localización cerebral estableciendo las funciones mentales en áreas específicas del cerebro. Fue Paul Broca quien desarrolló la teoría localizacionista postulando que cada función del cerebro estaba asentada en una región, conocida más tarde como “área de Broca”. Gustav Fritsch y Eduard Hitzig, introducen posteriormente la noción de “centro nervioso”. El conexionismo cobró mayor ímpetu con los aportes de Kar Lashley y Donald Hebb y los avances sobre las neuronas especializadas en la conducción de impulsos del premio nobel de medicina Santiago Ramón y Cajal. Como vemos, con la concepción animista del cerebro se produjo no sólo un estancamiento sobre el conocimiento y las funciones cerebrales sino que además, se retrocedió. Esta teoría dominante fue abando-

nada lentamente siendo en ese proceso claves las aportaciones desde el evolucionismo que realizara Charles Darwin y las observaciones que haría más tarde el premio nobel ruso Ivan Pavlov, que terminarían echando por tierra la idea de compartimientos estancos, a partir de concepciones vinculadas a la evolución y adaptación. Por qué insisto en este tema, sencillamente porque no se puede entender a la memoria como la capacidad de recordar es mucho más, es clave en el aprendizaje asociativo –tal como lo demuestra Pavlov- y permite vincular causas y efectos. La idea de conexión propone que el comportamiento resulta una actividad de las neuronas interconectadas por tanto, la memoria se proyecta hacia el futuro y tiene carácter predictivo. Y esto precisamente es lo que puede suceder en el complejo sistema que se pone en marcha al evocar en un recuerdo. Desde allí me pregunto, cuánto de proyección, aprendizaje, predicción, adaptación, asociación y supervivencia, existe en un recuerdo y de qué forma se proyecta cada uno de estos aspectos en el testimonio. Sin dudas, este es un tema realmente inquietante. La plasticidad de los recuerdos y su incapacidad de permanecer fosilizados debe llamarnos a la prudencia tanto cuanto exigimos fidelidad tanto cuanto la evaluamos.

¹¹ Incluso se ha descubierto que las bases moleculares de la memoria de corto y largo plazo son mecanismos diferentes ya que en la primeras se modifican moléculas preexistentes en cambio en las de largo plazo se requiere la producción de nuevas moléculas. En ese sentido ver los estudios del electrofisiólogo checo Ladislav Tauc y el llamado “principio de conservación de las funciones en la evolución” por el cual se supone que los animales primitivos exhiben funciones que son los primordios de las de animales más evolucionados como los seres humanos. Hoy aplicados al hipocampo como corteza cerebral filogenéticamente más antigua, encontrada en lagartijas a la que en nuestra especie se han sumado otras más complejas en el proceso evolutivo. Las bases moleculares son especialmente desarrolladas con los estudios del premio nobel Eric Kandel con un ejemplar de *Aplysia* al trazar las huellas de la memoria.

¹² La plasticidad neuronal para modificar nuestras conductas nos proporciona una ventaja adaptativa para acomodarnos al ecosistema y una herramienta para modificarlo a nuestra medida frente a restricciones que presentan el resto de las especies cuyo repertorio de comportamiento está determinado por su

genética. Ver: SÁNCHEZ, *La Memoria*, 2019, p. 11. La plasticidad neuronal subyaciendo al comportamiento es la base de la memoria. Esa capacidad también es nuestra vulnerabilidad albergando enfermedades como Alzheimer o esquizofrenia lo que no se ha detectado en las demás especies animales. Es claro que la fortaleza física resulta importante en la naturaleza pero la capacidad de tomar decisiones adecuadas y cambiantes conforme al ambiente que nos rodea –plasticidad- ha ubicado al hombre por encima de animales mucho más fuertes físicamente hablando, ha puesto en sus manos el destino del planeta. Esta capacidad explica por qué el hombre ha conseguido no sólo sobrevivir sino dominar el ambiente.

¹³ Pavlov comprobó que el perro saliva al escuchar la campanilla lo que está indicando: a) que aprendió a asociar la campana con la comida, b) que recuerda lo que aprendió esto es, que con el sonar de la campanilla viene la comida, c) ese aprendizaje le permite predecir lo que ocurrirá luego, d) además, que con la campanilla se pone en marcha el sistema digestivo -salivación, jugos gástricos- para poder digerir la comida. Con ello es claro que a partir de esa experiencia repetida, el perro puede predecir, inventar, lo que sucederá

cada vez que suene la campanilla. Memoria y comportamiento van unidos.

¹⁴ Tanto la idea de que el cerebro está constituido por moléculas como que el procesamiento de información desde nuestros órganos sensoriales hasta la producción de respuestas y sus modificaciones por la experiencia son proposiciones que pueden considerarse necesariamente aceptables, tal como lo refiere SÁNCHEZ, *La Memoria*, 2019, p. 17.

¹⁵ Según expresa SANCHEZ, existe un gran desarrollo de interfaces neuronales a partir de implantes cerebrales que tienen la particularidad de no conectarse a un cabo nervioso sino directamente en la superficie cerebral en lo que se conoce como interface cerebro-máquina y desde allí, se puede recoger la información eléctrica que producen las distintas regiones cerebrales o permitir la estimulación de la corteza. El ejemplo son los anteojos que incorporan cámaras de alta resolución y recogen información visual que es enviada a un procesador que las convierte en señales eléctricas que son enviadas inalámbricamente al implante retiniano fijado en el interior del ojo y mediante una interfaz neuronal que excita las células de la retina con las que están en

contacto, son enviadas al cerebro a través del nervio óptico para generar la percepción del mundo visual. *La Memoria*, 2019, p. 135.

¹⁶ Desde una visión tradicional: DAMOND DE PISTARINI, *Curso básico de psicología*, 1.979, p. 79. La memoria es la facultad que poseen los seres sensitivos para conservar, hacer revivir y reconocer como propias y como pasadas vivencias psíquicas anteriores, RUIZ, *Psicología*, 1979, p. 117. La memoria es el proceso que nos permite adquirir, almacenar y recuperar información, dicho proceso se debe a la codificación en los patrones de conectividad sináptica entre neuronas, y los cambios producidos en dichas sinapsis dan lugar a nuestras experiencias.

¹⁷ DAMOND DE PISTARINI, *Curso básico de psicología*, 1.979, p. 80 y ss., también ver: RUIZ, *Psicología*, 1979, p. 118 y ss. Por su parte, LABAKE, en similar clasificación distingue entre condiciones objetivas y subjetivas que intervienen en la fijación de las vivencias. Las primeras se refieren al objeto su contenido, color, brillantes, tamaño, y la segunda, a las motivaciones del sujeto, sus intereses, deseos, necesidades, la afectividad, el amor, el odio, la atención con que ha percibido el suceso.

Introducción a la psicología, 1994, p. 222. El neurocientífico Facundo Manes simplifica la ecuación y distingue los siguientes pasos: a) codificar: incorporar la información y registrarla. Realiza una analogía con el bibliotecario, le pone el código al libro y lo ingresa al catálogo en el lugar que corresponde, b) almacenar: guardar la información en la memoria hasta que se necesite. Para la eficacia de esta práctica afirma que se mantiene en un lugar que sea fácil de encontrar al igual que la ubicación de un libro en una biblioteca, c) recuperar: recobrar el recuerdo cuando resulta necesario. En comparación con la biblioteca dice, si una persona quiere un libro tiene que averiguar el catálogo, buscar dónde está, encontrarlo en el estante y tomarlo para sí. *Usar el cerebro*, MANES - NIRO, 2014, p. 126.

¹⁸ Trabajo de 1885 de EBBINGHAUS, *Memory: A contribution to experimental psychology*, traducido por Dover, Nueva York en 1964. Ebbinghaus explicó la pérdida de información a partir del olvido a partir de diversas fórmulas: a) la teoría del decaimiento de la huella: según la cual el deterioro de la huella en la memoria se produce por erosión al pasar el tiempo, al igual que lo que ocurre con la erosión en la montaña. b) la teoría de la inter-

ferencia: según la cual se pierde al interferir nuevas imágenes sobre las anteriores, es decir, las nuevas o posteriores cubren a las existentes, c) por la teoría de la fragmentación: que supone el desmenuzamiento y la consecuente pérdida de distintos componentes del recuerdo. Como vemos, el olvido es un fenómeno normal de la memoria humana y salvo las patologías de la memoria no debe sorprendernos que la información se pierda, ver: MANZANERO, *Psicología del testimonio*, 2018, p. 83 y ss. El autor repite que el paso del tiempo provoca un deterioro gradual en las huellas de la memoria lo que puede llevar a la pérdida de las conexiones que hace accesible a la consciencia un determinado recuerdo con lo que ésta, queda en el olvido. Incluso afirma que con el tiempo, las huellas pueden ser modificadas o en su caso, sustituidas, hasta desaparecer a favor de otras. Ídem, p. 105.

¹⁹ SEGOVIA DE ARANA, “*Memoria y Olvido*”, 2003, p. 646.

²⁰ El cerebro olvida como un ejercicio necesario de economía, eficiencia y limpieza, para crear más espacio y clasificar la memoria en redes significativas e importantes. Así, los recuerdos más relevantes se destacarán del resto. Sin em-

bargo, alguna situación particular puede traer un recuerdo que parecía olvidado, tal como lo hace Marcel Proust en su novela “En busca del tiempo perdido”, al describir cómo el sabor de la magdalena suscitó un vivo recuerdo de su infancia que volvía después de estar olvidado mucho tiempo. Aunque en un principio no sabe de dónde proviene esa alegría, luego entiende que el sabor de la magdalena le hacía recordar a su infancia. En nuestro ámbito, solemos apreciar con gran alegría las reuniones familiares de los domingos con el tradicional asado o las “pastas de la mamá” eventos que nos trasladan a una infancia que hoy se muestra como un paso feliz en nuestras vidas: la casa, el barrio, los amigos de la escuela, todo conduce a entender esa frase del novelista “los momentos del pasado no permanecen pasados; retienen en nuestra memoria el movimiento que los arrojó hacia el futuro”, es decir, no hay en nuestra memoria archivos estáticos, pétreos, de ahí que la memoria sea mucho más que la “capacidad de recordar”.

²¹ Para ponerlo en un ejemplo: el recuerdo de un león, nos dirá que en la vida real, tenemos que correr si el león se acerca demasiado, ingresar a la casa y que nos sorprendan con una fiesta de cumpleaños, nos dará ale-

gría o satisfacción más allá del cuadro inicial de desconcierto.

²² Cuenta Borges que en unas vacaciones de verano de 1884, en Fray Bentos, pueblo uruguayo unido a Gualeguaychú, en la provincia de Entre Ríos, por el Río Uruguay, conoció a Irineo Funes, un joven que había padecido un accidente con un caballo. Dice que a Irineo le era muy difícil dormir. Que dormir es distraerse del mundo. Funes le decía que su memoria era un vaciadero. Según Borges para Funes, “el menos importante de sus recuerdos era más minucioso y más vivo que nuestra percepción de un goce físico o de un tormento físico”. Dice sobre Funes, no era capaz de pensar, que pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. Sostiene que en el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos. Esta genial descripción nos habla a las claras de la necesidad de procesar la información, de eliminar detalles superfluos, de construir el pensamiento a partir de información, recuerdo y olvido.

²³ MANES - NIRO, *Usar el cerebro*, 2014, p. 126.

²⁴ Un estudio publicado por la Asociación Americana de Psicología en el año 2014 indicó

que de la totalidad de declaraciones de testigos que habían identificado de manera positiva a personas acusadas de haber cometido algún delito, 40 % habían dado lugar a condenas erróneas, pese a que dichos testigos habían afirmado estar entre un 90 y un 100 % convencidos de sus elecciones, American Psychological Association, Wixted & Wells, 2017.

²⁵ Para quienes deseen ver el trabajo completo: DAVIS, DEBORAH –Universidad de Nevada- y LOFTUS, ELIZABETH –Universidad de California-, *Internal and external sources of misinformation in adult witness memory*, January, 2007. Es interesante estudiar esta experiencia llevada adelante por estas destacadas profesionales a fin de poder vislumbrar de manera concreta el enorme impacto que tiene la información pos suceso en el testimonio y de qué forma las personas pueden estar convencidas de que un hecho falso ocurrió. La investigación, se realiza sobre el vuelo 800 del 17 de junio de 1996, de Trans-World Airlines que se estrelló en el océano. Los informes concuerdan con la teoría de que un ataque con misiles pudo haber causado que el choque pronto se extendiera entre los testigos, los investigadores y los medios de comunicación. A pesar de la evidencia física que

apunta a otra causa, la discusión de la teoría de los misiles del choque persistió durante años. ¿Cómo se convencieron tantos testigos de que habían visto un misil inexistente? ¿Y por qué sus informes continuaron convenciendo a los investigadores, los medios de comunicación y los observadores interesados a pesar de la acumulación de pruebas de otra causa? Algunos análisis sugieren que la información posterior al evento en forma de una amplia especulación sobre las causas del accidente puede haber generado informes iniciales potencialmente falsos compatibles con la participación de misiles. A los pocos días del accidente, los medios de comunicación impulsaron aún más la teoría de los misiles al publicar evidencia aparentemente de apoyo y relatos de testigos. Por ejemplo, el New York Daily News publicó una historia con el titular "Was TWA Jet Shot Down? Missile Attack, Bombing Probed". Otras historias especularon acerca de si una bomba o posiblemente un misil tierra-aire probablemente causó el choque. Los testigos que decían haber visto un misil fueron entrevistados extensamente, lo que llevó a otros testigos a presentar historias similares. Sus historias, a su vez, alentaron a los investigadores a procesar la evidencia con la teoría de los misiles como hipótesis

principal, tal vez desviando la interpretación de esa evidencia hacia el apoyo de la teoría. Este caso TWA altamente publicitado proporcionó una gran cantidad de excelentes ilustraciones de la vida real de las muchas influencias sesgadas que enfrentan los testigos y otras personas en nuestro sistema judicial. Se estudia las fuentes de información errónea en los informes de memoria de testigos adultos, revisando las influencias internas y externas que causan (a) memoria selectiva o falla selectiva para recordar, (b) memorias falsas para cosas que en realidad no fueron presenciadas o experimentadas, y (c) distorsión o alteración de las memorias para cosas en realidad presenciadas o experimentadas. Consideraron dos fuentes generales de estas fallas de memoria: (1) procesamiento esquemático e inferencial y (2) fuentes de información errónea específica.

²⁶ Entre otros, ver: LOFTUS - PICKRELL, *The formation of false memories*, 1995, p. 722 y ss. SHAW - PORTER, *Constructing rich false memories of committing crime*, 2015.

²⁷ La presión social se ha demostrado que es uno de los factores que claramente potencian la creación de falsas memorias, REYSEN,

The effects of social pressure on false memories, 2007, p. 59-65.

²⁸ Cuando el recuerdo falso que se busca implantar es compatible, coherente con las creencias del sujeto se hace más probable que quede bien implantado así lo refiere MATUTE, al señalar que para los seguidores de un líder político es más fácil recordar una noticia falsa que lo favorezca, que este en el ámbito de sus preferencias. Nuestra mente nos engaña, 2019, p. 90. Los recuerdos modulan nuestras decisiones de allí la importancia en que el testimonio sea tomado de forma tal que permita verificar lo que el testigo está diciendo más que buscar confirmarlo a partir de sus dichos.

²⁹ Sigo el esquema trazado por MANZANERO, *Psicología del testimonio*, 2017, p. 126 y ss.

³⁰ Como principio destacable hay que tener en cuenta que para el testigo, es más aceptable la información periférica que la central y la información inferencial que la sensorial.

³¹ Este tema ha sido abordado al tratar el examen de testigos, sólo a título ilustrativo, siguiendo la síntesis de MANZANERO, diré que las preguntas que permiten sugerir un mayor

grado de introducción de información son: a) determinativas: comienzan con pronombre o adverbio interrogativo: ¿cuándo sucedió?, b) preguntas disyuntivas perfectas: aquellas que fuerzan al receptor a elegir entre alternativas: ¿llevaba puesto el pijama?, c) preguntas disyuntivas imperfectas: ofrecen la elección entre dos alternativas pero no se descarta una tercera: ¿era en la cama o en el baño?, pero el testigo puede contestar que fue en otro sitio, lo importante que da por sentado que paso, d) preguntas expectativas: implican sugestión moderada: ¿no te hacía daño?, e) preguntas implicativas: asumen o implican la presencia de algo inexistente, por ejemplo, si no se ha mencionado aún la agresión física: ¿después de pegarte, te hacía regalos?, f) preguntas consecutivas: se usa para aumentar la sugestionabilidad de las anteriores dando por sentado cuestiones aún no respondidas. *Psicología del testimonio*, 2017, p 131/2.

³² Desde ya que el orden con que se formula el examen hace que se torne más difícil acceder a información cuando se supera el tema o bien, predispone a hablar de algo que pudo ser sugerido en la pregunta por sobre lo que el testigo recuerda. Es importante que se vaya conformando el recuerdo con lo que el testi-

go aporta y en principio, para los menores, la declaración libre es la sugerida.

³³ Poner en alerta al receptor –testigo– de que puede interferir información falsa desde diversos puntos aumenta el nivel de resistencia a aceptarla.

³⁴ En punto al testigo, si el testigo advierte que lo quieren influenciar podrá tener más reparos en aceptar la información. Si los datos provienen de personas a quienes les otorga credibilidad será más fácil aceptarlos. Con el examinador, sino advierte el tipo de preguntas y la información que contienen, no será capaz de discriminar. En relación a los examinadores, suele verse como desean terminar con la entrevista tan pronto pueda omitiendo buscar en detalles que permitan establecer el origen de la información.

³⁵ En un trabajo publicado en el Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior 13, 585-589 (1974) *Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory*, de LOFTUS - PALMER, University of Washington, mediante el cual se pasaban a las personas videos de accidentes de tránsito, se concluyó que en

aquellos casos que al interrogar se utilizaban los verbos colisionar, chocar -collided, bumped, contacted- los testigos estimaban mayor la velocidad de los vehículos. Este estudio se cuestiona la exactitud del testimonio en casos de accidentes al preguntarse ¿con qué precisión recordamos los detalles de un evento complejo?, ¿qué tan bien hacemos los cálculos numéricos como el tiempo que transcurrió desde que tocó la bocina y colisionaron o sobre la velocidad?, centrándose específicamente en datos que comúnmente se consultan: tiempo, velocidad, y distancias. De hecho, las personas tienen dificultad para estimar las distancias y suelen sobreestimar la duración de los sucesos complejos. A esto se le suma la información que pueden recibir pos suceso, si es falsa, engañosa o exagerada se vuelve un condicionante importante a la hora de poder determinar hasta qué punto ha influido en el recuerdo ya que esa nueva información se sumará a la existente en un proceso de reconstrucción dando origen a una nueva información producto de esa fusión. Incluso, según algunos estudios la segunda información puede provocar un efecto inhibitorio sobre la primera tornándola inaccesible. Con ello, no existen dudas que la información engañosa pos suceso influye

sobre lo que han percibido los testigos de allí la precaución y responsabilidad que debería tener el manejo de hipótesis o las aventuras disparadas al aire de modo irresponsable por parte de quienes les interesa más la especulación que la información.

³⁶ Se trabaja experimentalmente en el análisis de la longitud del relato y el tipo de información que presenta, pudiéndose establecer que los relatos reales tienen mayor longitud y más cantidad de detalles en información contextual y sensorial. Manzanero, refiriéndose a trabajos de DIGES, sostiene que la confusión entre información real y falsa estaría dada por la aceptación de la información falsa y la creación de lazos contextuales de forma automática con los contenidos de la memoria y el pasado personal. De este modo, conforme las conclusiones de DIGES, existirían tres condicionantes para que el sujeto acepte la información falsa: a) que resulte familiar, b) que sea plausible, c) que contenga suficientes lazos contextuales, cfr. MANZANERO, *Psicología del testimonio*, 2017, p 130. Estos condicionantes suelen estar presentes en declaraciones donde la información proviene de personas allegadas al testigo lo que sugiere mayor precaución y la adopción de técnicas adecuadas.

³⁷ La testimonial en Gesell busca proteger ciertos derechos de las víctimas al tiempo de impedir que el paso del tiempo y la investigación contaminen su recuerdo. “El derecho de la víctima a su intimidad e integridad debe prevalecer y garantizarse en todo el proceso de forma que se evite un sufrimiento innecesario o victimización secundaria derivado de demoras en fallos procesales. La inmediatez requiere que se tome testimonio a la víctima en el proceso de instrucción es decir en el momento previo del juicio con el fin de evitar sesgos futuros debidos a la contaminación del recuerdo fundamentalmente”, CASAÑ LLOPIS - OLMEDO DE LA CALLE - REY ANASTASI - SORIA VERDE, *La prueba preconstituída*, 2017, 137-148. Ya Aristóteles, advertía sobre tiempo y memoria, La memoria es del tiempo. Todo cambio es destructor -ekstatikón- por naturaleza, y todo se genera y se destruye en el tiempo.

³⁸ SOTOCA - MUÑOZ - GONZALEZ - MANZANERO, *La prueba preconstituída en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica*, 2013, 102, 112-122. En extenso, ver el trabajo de MANZANERO, *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, 2010.

³⁹ En ese sentido pueden consultarse los trabajos que he realizado sobre criterios de validación de testimonio y estándares de prueba especialmente en casos de violencia de género y abuso sexual infantil, por ejemplo: *Técnicas de Litigación Penal*, t. III, p. 21/225, entre otros.

⁴⁰ Los primeros estudios de la mentira desde la psicología se le atribuyen a Jastow, Triplett, Dessoir, Binet. Desde el derecho procesal, tempranamente se ha intentado identificar las causas del engaño. Según ELLERO, los vicios que invalidan el testimonios son dos: voluntarios e involuntarios. Dentro de los primeros ubica al engaño fundado en el interés por mentir, dentro de las involuntarias habla de testigos incapaces en virtud de ciertas imperfecciones permanentes o temporales. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, 1994, p. 152. Hoy, más que buscar y definir un estereotipo del sujeto que engaña se trabaja con el testimonio y las funciones cerebrales vinculadas a la memoria, el recuerdo y el olvido. Desde esa óptica, el recuerdo falso o inconsistente obedece a muchos factores más que a un prototipo de testigo. Según se indica, la memoria falsa se define como una serie de recuerdos

de detalles o eventos que no ocurrieron o que han sido distorsionados si es que realmente ocurrieron. En ese sentido, se afirma que la memoria humana es susceptible de transformar la información que almacena; por ejemplo, aunque podamos recordar el argumento general de un libro que nos haya gustado mucho, lo más probable es que estemos tergiversando algunos detalles y que otros los hayamos olvidado definitivamente, CUEVAS REMIGIO, “*El síndrome de la memoria falsa*”, 2012, p. 10 y ss.

⁴¹ SCHADE - GALLWITZ, “*El testimonio de niños menores de edad como medio de prueba en casos de un supuesto abuso sexual*”, 2017-2, p. 14/5. Apoyados en trabajos científicos sostienen que no todos los niños caen en la trampa de las influencias sugestivas pero también afirman que no todos los niños de alrededor de cuatro años tienen capacidad suficiente para ser testigo insistiendo que se debe averiguar caso por caso. Señalan que un método válido para examinar la capacidad es pedir que relate un acontecimiento que no tiene nada que ver con el investigado y que haya ocurrido en el mismo tiempo que pueda ser corroborado por información proveniente de terceras per-

sonas a fin de efectuar un examen a fondo sobre la capacidad para atestiguar.

⁴² En igual sentido MANZANERO advierte que “la toma de declaración y en concreto, las preguntas, es el procedimiento más peligroso por ser potencialmente generadora de falsas memorias”, *Psicología del testimonio*, 2017, p. 126.

⁴³ “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, revista *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 2010, número 68, pp. 51-68. también en *Revista cuatrimestral del Poder Judicial del Estado de Sinaloa, México*, Enero/Abril de 2014, p. 17 y ss. Según afirma en sus clases LOFTUS “Los recuerdos son más como Wikipedia, tu puedes entrar y cambiar la información que contiene y también pueden hacerlo otros”. En diversos trabajos publicados por Loftus, la experta sostiene que las personas son particularmente propensas a que sus recuerdos se vean afectados por la información errónea cuando se introduce después de que el tiempo ha permitido que la memoria de eventos originales se desvanezca. Asegura que una razón por la que esto puede ser cierto es que con el paso del tiem-

po, la memoria de eventos se debilita y, por lo tanto, hay menos probabilidades de que se note una discrepancia mientras se procesa la información errónea. Señala que con intervalos de tiempo largos entre un evento y la posterior desinformación, la memoria del evento puede ser tan débil como para no detectar ninguna discrepancia entre la desinformación y la memoria original, y el sujeto podría abarcar fácilmente la desinformación. Con ello ha llegado a proponer como principio que es más probable que los recuerdos cambien si una persona no detecta de inmediato las discrepancias entre la información errónea y la memoria para el evento original. En relación a la edad sostiene que la desinformación afecta a algunas personas más que a otras. Dice que en general, los niños pequeños son más susceptibles a la desinformación que los niños mayores y los adultos y que los ancianos son más susceptibles que los adultos más jóvenes. Alertando sobre el perjuicio que puede generar la información falsa que sea plantada en la memoria de las personas indica que la información errónea puede hacer que las personas creen falsamente que vieron detalles que solo se les sugirieron. *Planting Misinformation in the human mind: A30-year investigation of the maweabi-*

lity of memory, Departamento de Psicología y Comportamiento Social, Universidad de California, Irvine, California 92697-7085, *Learning & Memory* 12 (4):361-6, julio 2005.

⁴⁴ Sobre la investigación de la información errónea con neuroimagen, indica que están un paso más cerca del desarrollo de algunas técnicas que podrían permitir utilizar la actividad neuronal para determinar si un informe sobre un evento complejo se basa probablemente en una experiencia real o en información incorrecta aunque advierte que todavía están muy lejos de una evaluación confiable cuando todo lo que tienen es un informe de memoria única para juzgar. *“Planting Misinformation in the human mind: A30-year investigation of the maweability of memory”*, Departamento de Psicología y Comportamiento Social, Universidad de California, Irvine, California 92697-7085, *Learning & Memory* 12 (4):361-6, julio 2005. Vale recordar que actualmente psicología y neurociencia han cobrado gran relevancia en la ciencia y la sociedad y se pueden integrar dando lugar a la neurociencia cognitiva, con la que se pretende entender mejor el funcionamiento del cerebro. En su obra *Omo Deus*, HARARI sostiene que en las últimas décadas

los biólogos han llegado a la firme conclusión de que el hombre es un algoritmo. Define al algoritmo como “un conjunto metódico de pasos que pueden emplearse para hacer cálculos, resolver problemas y alcanzar decisiones”, agregando que un algoritmo no es el cálculo concreto sino el método que se sigue cuando se hace el cálculo. En un ejemplo de la vida diaria del hombre como algoritmo toma una receta de cocina, los pasos que se dan para hacer una sopa de verduras desde calentar el agua hasta ponerla en una taza, HARARI, *Homo Deus*, Breve historia del mañana, 2017, p. 100/101.

⁴⁵ También ver: LABAKE, *Introducción a la psicología*, 1994, p.221 y ss.

⁴⁶ Con auxilio en la publicación de *Applied Cognitive Psychology*, de 2004, 18 (8), 914-945, dirigida por CROSSMAN – SCULLIN – MELNYK, bajo el título *Individual and developmental differences in suggestibility*, la doctora Margarita Diges Junco afirma la posibilidad de distinguir diferencias evolutivas y de vulnerabilidad a la sugestión a través de escalas cognitivas y sociales entre los niños de diferentes edades y aun entre un grupo de niños de la misma edad. Según la escala

de sugestionabilidad que ha publicado que los niños más sugestionables son también los que aceptan más preguntas sugestivas. También ver MANZANERO, *Psicología del testimonio*, 2012, p. 214 y ss.

⁴⁷ Ver: LOFTUS, *Planting Misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory*, Departamento de Psicología y Comportamiento Social, Universidad de California, Irvine, California 92697-7085, *Learning & Memory* 12 (4):361-6, julio 2005.

⁴⁸ MANZANERO, *Psicología del testimonio*, 2017, p 125. Los recuerdos son como caricaturas de la realidad donde ciertos rasgos sobresalen más que otros, que quedan borrados o muy desdibujados. Al solicitarle al testigo que recuerde, no se pide que de pinceladas de su recuerdo, que aporte información segmentada, por el contrario se le exige -muchas veces con vehemencia- que haga un relato integral, completo, coherente, sin lagunas y ante precisamente, esa disyuntiva coloca al testigo en la necesidad de rellenar los vacíos y otorgar coherencia donde posiblemente no la tenga y para ello acude a conocimientos o experiencias previas, a charlas

con amigos, familiares y vecinos, a lo que vio en los medios de comunicación y de ese modo, satisface al auditorio. Sin embargo, esas pinceladas iniciales, sus recuerdos son absorbidos por una historia, por un relato, en un contexto determinado y en algunos casos, bajo la exigencia coactiva del falso testimonio, por tanto, esa construcción podrá tener detalles reales y muchos otros formarán parte de la dinámica del testimonio lo que hace indispensable la corroboración de esos dichos con aportes externos. Como vemos, no se trata de buscar pruebas “objetivas” del hecho sino que se tome bien la testimonial, que el psicólogo permita que el testigo declare, que se corrobore lo que dice, que se coteje la coherencia del relato, estos recaudos serían ya un gran avance y sobre todo, permitirían en control y la confrontación.

⁴⁹ Ver: DAMOND DE PISTARINI, *Curso básico de psicología*, 1979, p. 80 y ss. También, consultar los trabajos de Ebbinghaus en punto a las diversas hipótesis que plantea sobre el olvido.

⁵⁰ Desde el punto de vista neurológico, el decaimiento de la huella se produciría por la modificación de las estructuras neuronales

por el paso del tiempo. Vale aclarar que autores como Manzanero reconocen estudios pero entienden que esta teoría no ha quedado demostrada con la tecnología actual y sí podría acreditarse con nuevos avances.

⁵¹ En una postura que me interesa señalar, al tratar el recuerdo y el olvido desde lo social Marc Augé, hace hincapié en el inadecuado hábito social de seleccionar poco y mal lo que se quiere recordar y con ello dar una gran cabida al reino del olvido. El autor nos dice: “dime qué olvidas y te diré quién eres”, agregando: “una mala memoria es algo que se cuida, se cultiva”, en el sentido de que el hombre no recuerda lo suficiente porque no se lo propone con seriedad y sugiere hacer una selección de lo recordado: “Recordar u olvidar es hacer una labor de jardinero, seleccionar, podar. Los recuerdos son como las plantas: hay algunos que deben eliminarse rápidamente para ayudar al resto a desarrollarse, a transformarse, a florecer”, *Entre el recuerdo y el olvido: un estudio filosófico-literario de la memoria en la poesía de José Emilio Pacheco*, ALVAREZ CABALLERO. 2008.

⁵² . Sobre criterios de validación ver: *Técnicas de Litigación Penal*, Hammurabi, t. III, p. 113/181.

2 | PERSPECTIVAS DE LAS NUEVAS RAMAS DEL DERECHO: DERECHO DE LA SALUD - BIOÉTICA

El Derecho y sus efectos en la salud (Salud jurídica)

myf

158



Dr. Miguel Ángel **Ciuro Caldani**

*Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario
y emérito de la Universidad de Buenos Aires.*

myf

159

Se considera el efecto que el Derecho produce en la salud, entendida como el más pleno bienestar físico mental y social según las posibilidades de la persona. Se emplea la construcción tridimensional de la teoría trialista del mundo jurídico conforme a la cual el Derecho incluye repartos de potencia e impotencia, captados por normatividades y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia y se especifica en la materia, el espacio, el tiempo y las personas. El estudio viabiliza en especial la posibilidad de comprender de manera más profunda las relaciones de la tarea judicial con la salud.

I. Ideas básicas

1. La noción de salud se desarrolla en marcos culturales y varía con éstos. En Occidente, en la Edad Antigua (que para los occidentales es en parte Edad Fundacional) se presentaron diversos conceptos de salud. En el marco griego hubo orientaciones diversas, entre las que cabe destacar la natural-filosófica de Hipócrates de Cos, quien legó una formulación ética clásica que todavía hoy es funda-

mento de la profesión médica¹. En la Edad Media (Edad de la Fe) la cultura y la salud se referían principalmente al alma y el “más allá”, al punto que por ejemplo San Francisco de Asís usaba prendas que podían afectar su salud física². A fines de la Edad Media y de un modo especial en el “puente” del Renacimiento comenzó la fuerte referencia de la salud a los aspectos físicos. Los estudios de Anatomía de Leonardo y de Miguel Ángel, tal vez motivados por su vocación artística, son muestras de ese giro hacia las ciencias naturales. Durante la Edad Moderna (de la Razón y de la Experiencia) y la Edad Contemporánea (tal vez Edad de la Técnica) la referencia de la salud a la perspectiva física se acentuó. Sin embargo, los desarrollos de otros saberes, de las ciencias sociales y “humanas”, hicieron que a mediados del siglo XX, cuando concluía la Edad Contemporánea y se anunciaba la actual postmodernidad, la noción de salud fuera expresada en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades³. La ne-

cesidad de atender a circunstancias más concretas, lleva a referir hoy la salud a un estado de completo bienestar físico, mental y social según las posibilidades de la persona⁴.

2. La salud posee diversas relaciones con el Derecho. Una, que afortunadamente ha logrado amplio desarrollo en nuestro tiempo, es el Derecho de la Salud⁵ y otra de las de destacada importancia es la vinculación por los efectos que tiene el Derecho en la salud, creemos que puede decirse en este aspecto la salud jurídica. El bienestar requerido por la salud incluye todos los aspectos de la persona. En lo social abarca, por ejemplo, el bienestar jurídico, económico, etc. La consideración de la salud en la juridicidad es una relevante perspectiva interdisciplinaria. El Derecho puede contribuir al bienestar o al malestar a contemplar en la noción de salud.

3. Al relacionar las dos perspectivas, de Derecho y salud, es relevante atenderlas en complejidad pura, que diferencia e integra. No es posible aislarlas, pero ninguna se disuelve en la otra, ni el enfoque jurídico ha de do-

minar al enfoque de salud, ni éste ha de dominar al jurídico. El Derecho se presenta en el resto de la vida, en este enfoque, en la salud. Pensar el Derecho no es lo mismo que pensar la salud, pero no es posible pensar el Derecho con la debida complejidad sin considerar sus efectos en la salud.

4. Nos parece que para reconocer no solo el Derecho de la Salud sino los efectos del Derecho en la salud son especialmente adecuadas las construcciones que integran la tridimensionalidad de la realidad social, las normatividades y los valores, entre las que se halla la teoría tridimensionalista del mundo jurídico.

La teoría tridimensionalista, cuyas bases inmediatas fueron elaboradas por Werner Goldschmidt, sostiene que en el Derecho se han de incluir repartos de lo que favorece o perjudica a la vida (es decir, potencia e impotencia) (dimensión sociológica), captados de manera lógica por normatividades que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados –los repartos y las normatividades– por un complejo de valores que culmina

en la justicia (dimensión axiológica, específicamente deontológica⁶). Estos despliegues comunes a toda la juridicidad se especifican según sus alcances, su dinámica y las situaciones de las respuestas⁷.

La referencia a lo que favorece o perjudica a la vida instala al tridimensionalismo en el marco de realizaciones de la salud. El bienestar físico, mental y social de acuerdo a las posibilidades de la persona es potencia. Repartir potencia e impotencia es repartir salud en sus diversos despliegues. Todas las perspectivas de la juridicidad tienen efectos en la salud, de modo muy directo en su despliegue social. Cuando se hace referencia a casos y soluciones jurídicas se consideran perspectivas de casos y soluciones de salud.

II. El Derecho como vía para la realización de la salud

A) Estática

1) En general

a) *Dimensión sociológica*

5. La dimensión sociológica del mundo jurídico se desenvuelve en adjudicaciones de potencia e impotencia que se desenvuelven en campos de intereses (no siempre económicos) y fuerzas (no necesariamente el poder, la fuerza sobre otro). Los intereses y las fuerzas del campo jurídico se proyectan en la salud.

Las adjudicaciones son distribuciones o repartos. Las distribuciones provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Las influencias humanas difusas se producen por causas económicas, religiosas, científico-técnicas, artísticas, educativas, históricas, de concepción del mundo, etc. Los repartos se originan en la conducción de sujetos humanos determinables. Las distribuciones y los repartos tienen efectos en la salud. Las adjudicaciones jurídicas son adjudicaciones de salud.

6. Las distribuciones de la naturaleza causadas por el virus Covid-19 hacen al marco de la juridicidad de decretos de necesidad y urgencia y a su vez éstos influyen en la salud social, mental y física.

En cuanto a las influencias humanas difusas de la economía, la crisis del 2001 en la Argentina planteó la necesidad de respuestas de conducción que afectaron la salud de muchas personas. En ese año hubo 177 suicidios más que en 2000⁸. Las economías feudales, más apoyadas en la agricultura y la guerra, y las capitalistas, desplegadas en el comercio y la industria, constituyen requerimientos de soluciones jurídicas distintas que, por ejemplo, rigen más la guerra o los negocios. Tales respuestas influyen en la salud social, mental y física. Las condiciones de salud de un siervo o un caballero andante son diferentes a las de un artesano, un proletario o un empresario. y son regidas por distintas juridicidades que, a su vez, influyen en la salud.

Las influencias humanas difusas de la religión también intervienen en las concepciones jurídicas y sus efectos en la salud. Las religiosidades del catolicismo y el calvinismo producen juridicidades diferentes, con más remisiones a la comunidad o el éxito individual en los negocios y estas juridicidades hacen a la salud en las pers-

pectivas sociales, mentales y físicas. Las influencias humanas difusas de las concepciones del mundo condicionan al Derecho y a través de él influyen en la salud. La “grieta” que en diversos países hispanoamericanos, incluso la Argentina, escinde al sector hispánico tradicional, más comunitarista, católico de referencia medieval y contrarreformada, romántico y paternalista y el sector anglofrancesado, más individualista, afín a la Reforma, ilustrado y abstencionista, influye en la juridicidad y en la salud. Los debates en relación con la pandemia por Covid-19 son una muestra de esto.

7. Referirse a los repartos exige atender a sus elementos: los repartidores (conductores), los beneficiarios y gravados, los objetos (potencias e impotencias), las formas y las razones. Los repartidores, por ejemplo constituyentes, legisladores, jueces, administradores, contratantes, etc. han de tener conciencia de que sus repartos son también adjudicaciones de salud. En nuestro caso, sentenciar es repartir potencia e impotencia en la perspectiva de la salud. Los beneficiarios y gra-

vados, que en las sentencias son principalmente las partes pero también terceros interesados, obtienen distintas condiciones de salud.

Las potencias e impotencias que se adjudican, es decir los objetos de reparto, pueden ser comprendidas por sus efectos en la salud. Hacer o no lugar a un desalojo o a una pena es, en esta perspectiva, adjudicar respecto a la salud. La comprensión de que lo que se reparte es en definitiva vida ayuda a comprender que todas las obligaciones se refieren a “valores” (deudas de valor), en nuestra perspectiva, al valor de la salud. La nominalidad es solo un recorte que se adopta para simplificar las soluciones o redistribuir riqueza.

Los caminos para llegar a las decisiones, denominados formas de los repartos, corresponden al ámbito comunicacional de los beneficiarios con los repartidores y la comunicación es un despliegue relevante de la salud.

Las razones de los repartos abarcan móviles, razones alegadas y razones sociales, completando en sentido inverso la comunicación recién referida

en cuanto a la forma. Recibir razones es bueno para la salud. Los vistos y considerandos de las sentencias son razones alegadas que influyen en el pleno bienestar de los interesados.

8. Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos. Las sentencias suelen contener repartos autoritarios; los contratos expresan repartos autónomos. La salud, sobre todo en lo mental y lo social, requiere despliegues de autoridad y autonomía.

9. Los repartos (conducciones) se presentan en orden o desorden. El orden puede surgir de la planificación o del seguimiento espontáneo de lo que se considera razonable constitutivo de ejemplaridad. La salud necesita orden y a veces cierto desorden, en el primer caso se nutre de planificación y del desarrollo de la razonabilidad. Los órdenes y desórdenes de los repartos promueven órdenes y desórdenes de salud.

10. La conducción repartidora puede encontrar límites voluntarios y necesarios. Los límites necesarios son físicos, psíquicos, sociopolíticos, socioe-

conómicos, etc. Todos tienen significados de salud. La salud requiere que se establezcan límites a lo que se hace y a su vez se tengan en consideración los límites necesarios. Una juridicidad sin control o afectada demasiado por límites puede ser nociva para la salud.

Los factores de poder pueden ser comprendidos como componentes de una constitución material. Por ejemplo, en Argentina, son factores de poder los propietarios, sobre todo de sectores agrícolas, industriales y financieros, los medios de comunicación, los sindicatos, etc. Vale tener en cuenta que hay una constitución material respecto de lo que se puede hacer en salud. Desde la perspectiva de salud hay factores de poder específicos: los prestadores y los profesionales de la salud, las personas de cuya salud se trata, etc.

11. Las adjudicaciones se desenvuelven en base a categorías como la causalidad, la finalidad "objetiva" (que "encontramos" en los acontecimientos), la finalidad subjetiva, la posibilidad y la realidad. Salvo la finalidad subjetiva son todas "pantónomas",

es decir, se refieren a la totalidad de sus respectivas posibilidades (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como esos alcances nos son inabordables, los fraccionamos cuando no podemos saber o hacer más realizando certeza. La construcción debida o indebida de esas categorías favorece o perjudica la salud. Por ejemplo: asumir tareas jurídicas imposibles perturba el bienestar requerido por ella.

b) Dimensión normológica

12. Las normatividades captan de manera lógica repartos proyectados. Por ejemplo, captan los repartos judiciales de las sentencias. Esas captaciones deben producirse con claridad, es decir han de ser fieles y han de cumplirse, lo que significa que han de ser exactas. La fidelidad y la exactitud en las normatividades contribuyen a la salud. En cambio, la confusión y el mero espectáculo normativo suelen ser nocivos.

Las normatividades utilizan conceptos que deben ser adecuados a los deseos de los autores y la sociedad. La adecuación conceptual puede con-

tribuir al bienestar exigido por la salud. Hay normatividades de mayor o menor impacto en las demás y ese impacto ocurre también en la salud. V. gr.: las normatividades de los decretos de necesidad y urgencia relacionadas con la pandemia por Covid-19 tienen gran impacto en otras normatividades y también en la salud.

Según el tiempo futuro o pasado en que se hallen los problemas considerados, las normatividades son generales o individuales. Habitualmente las leyes tienen normatividades generales y las sentencias normatividades individuales. Que los casos estén en los tiempos debidos favorece a la salud. En cambio, por ejemplo, pensar una ley con la concreción que ha de tener una sentencia o una sentencia con la referencia general que más fácilmente tienen las leyes puede ser contrario al bienestar saludable.

13. Los repartos captados en las normatividades son las fuentes materiales de éstas y para que las captaciones se produzcan en mejores condiciones suelen elaborarse fuentes formales, relatos en constituciones

formales, tratados internacionales, leyes, sentencias, contratos, etc. Como todos los relatos, las fuentes formales pueden expresar lo referido de maneras mejores o peores. Cuentan en principio lo que los autores consideran conveniente contar.

Las fuentes formales pueden ser más o menos rígidas o flexibles (de difícil o fácil modificación) y más o menos elásticas o inelásticas (permisivas o no del cambio de lo relatado). Resultan más o menos adecuadas a las necesidades de las fuentes materiales. En principio, el reparto de la compra de un auto requiere una fuente contractual, no una sentencia; un conflicto judicial sobre esa compra necesita en general una sentencia, no ya un contrato. La adecuación de las fuentes formales hace a la salud. No contar con la contractualidad o la sentencia debidas contraria al bienestar exigido por la salud.

Siempre es relevante “saltar” de los relatos de las fuentes formales a las fuentes materiales que son los repartos proyectados captados. De esta manera se produce el desenmascara-

miento saludable de la realidad

14. Los repartos proyectados captados en las normatividades requieren ser cumplidos y esto exige que ellas funcionen, con tareas que pueden ser de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, síntesis, argumentación y paralelamente conjetura. El funcionamiento debido hace al bienestar que es salud, el indebido lo perturba.

15. Los conceptos empleados en las normatividades precisan los alcances de la realidad captada y le incorporan sentidos, por ejemplo, precisan e integran los caracteres de un repartidor denominándolo juez. Los conceptos pueden favorecer o perjudicar la salud. V. gr. el empleo de los conceptos matrimonio o concubinato puede mejorar o empeorar el bienestar saludable.

c) Dimensión dikelógica

16. Según la construcción trialista los repartos y las normatividades deben realizar un complejo de valores que culmina en la justicia e incluye

otros valores como la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, el amor, etc. Un complejo debido de valores favorece la salud, otro indebido la perjudica. La justicia sana; la injusticia “enferma”. El utilitarismo del capitalismo exacerbado perturba a todos los valores incluyendo, en lugares de nuestra especial atención, a la justicia y la salud.

17. Según lo evidenció en diversos aspectos Aristóteles, la justicia se razona por diversos caminos constitutivos de clases de ese valor. Entre esas clases hoy podemos referirnos por ejemplo a la justicia consensual o extraconsensual (referida o no al acuerdo real o eventual), simétrica o asimétrica (de fácil o difícil comparación de las potencias y las impotencias), conmutativa o espontánea (con o sin “contraprestación”), absoluta o relativa y general o particular (tendiente al bien común o el de los particulares). El acierto en los recorridos de la referencia a la justicia hace a la salud. Por ejemplo, razonar de manera solo absoluta contrariando los requerimientos relativos afecta al bienestar constitutivo de salud.

18. La justicia es también una categoría “pantónoma”, es decir, referida a la totalidad de sus posibilidades. Como no nos es posible abarcarla en su plenitud nos vemos en la necesidad de fraccionarla cuando no podemos saber o hacer más, produciendo seguridad. Los fraccionamientos correctos contribuyen a la salud, los incorrectos la perjudican. La maravillosa “locura” de justicia del Caballero Andante de La Mancha no solo correspondía a un desequilibrio personal, hubiera llegado a desequilibrar a los demás⁹.

19. El utilitarismo propone como principio supremo de justicia la exigencia de adjudicar a cada individuo las posibilidades para desarrollarse plenamente, para personalizarse. La personalización incluye el logro de la salud.

20. En su aplicación a los elementos de los repartos aislados el principio supremo de justicia indica legitimidades acerca de los repartidores, los recipientarios, los objetos, las formas y las razones.

La legitimidad de los repartidores surge del acuerdo de los interesa-

dos, constitutiva de su autonomía, y de la superioridad moral, científica o técnica, denominada aristocracia. Cuando la autonomía integral no es posible surgen las legitimidades de los repartidores paraautónomos, legitimados por el acuerdo de todos los interesados en cuanto a quiénes han de repartir, infraautónomos, cuya legitimidad se refiere al acuerdo de la mayoría y criptoautónomos, legitimados por el acuerdo que brindarían los interesados en caso de conocer los repartos. Los árbitros son repartidores paraautónomos; la democracia se legitima por la infraautonomía y la gestión de negocios ajenos sin mandato puede legitimarse por la criptoautonomía. La legitimidad de los jueces suele surgir de la aristocracia y la infraautonomía. La de los médicos se apoya en la aristocracia y la autonomía de las personas de cuya salud se trata. Cuando los repartidores no tienen legitimidad son dikelógicamente “de facto”. La intervención de repartidores legítimos favorece a la salud. La tiranía de origen, que ocurre cuando los repartidores son dikelógicamente de facto, es contraria a ella.

En relación con la legitimidad de los repartidores se considera su responsabilidad. Cada uno debe responder por sus actos, pero los supremos repartidores de regímenes injustos han de hacerlo además por el conjunto. El ejercicio debido de la responsabilidad favorece a la salud, el exceso o el defecto la contrarían.

La legitimidad de los beneficiarios y gravados surge de la necesidad y de la conducta debida, se hace referencia de manera respectiva a merecimientos y méritos¹⁰. La afirmación básica de la vida se apoya en merecimientos, todos los humanos tenemos merecimientos de lo que la asegure, pero su desarrollo ha de atender a los méritos. Méritos y merecimientos son los pilares sobre los que se levanta el arco de la dignidad humana. La consideración de los merecimientos y los méritos es necesaria para la salud, los excesos o los defectos al respecto la contrarían. A nuestro parecer, en diversos sentidos la Argentina es un país “enfermo” por falta de atención a los merecimientos pero también por insuficiente consideración de los méritos. La desaten-

ción a los méritos suele conducir a la inviabilidad de los países.

La justicia de los objetos de reparto atiende a la vida, la creatividad, el ambiente, la propiedad, la compañía, el empleo, etc. Todas estas perspectivas de potencias justas conducen a la plenitud de la salud. La referencia a la vida se relaciona más con la salud física. El complejo de objetos repartidores corresponde más a la plenitud de la actual noción de salud.

La legitimidad de la forma de los repartos se concreta en la audiencia de los interesados y la observación, por ejemplo, en el proceso¹¹. Dar y quitar audiencia y referencia observadora es dar y quitar salud. Quien no es atendido sufre detrimento en la complejidad de su bienestar.

La justicia de las razones de los repartos estriba principalmente en la fundamentación, perspectiva que junto a la legitimidad de los beneficiarios, los objetos y la forma conforma la legitimidad de ejercicio y ha ganado espacio a medida que se ha incrementado el respeto por la forma republi-

cana de gobierno. El Código Civil y Comercial ha consagrado su relevancia al exigir en el artículo 3 que las decisiones judiciales sean razonablemente fundadas. La razonable fundamentación es importante para la salud no solo de quienes la reciben sino también de quienes la emiten.

21. El orden de repartos resulta justo cuando es humanista y no si es totalitario, es decir, es justo si toma al individuo como un fin y no como un medio. Ser considerado como un fin afirma la salud del individuo, la mediatización la deteriora. El humanismo puede ser intervencionista o abstencionista. Ambas vías pueden contribuir a la salud, pero el principio de que el individuo es dueño de su vida indica la preferencia del abstencionismo. El humanismo abstencionista contribuye a la realización del derecho del individuo a ser dueño de su salud.

El humanismo requiere el respeto a la unicidad, la igualdad y la pertenencia a la comunidad. La unicidad suele ser vinculada al liberalismo político, la igualdad suele ser relacionada con la democracia y la comunidad es referi-

da a la “res publica”. Las tres exigencias jurídicas sirven a la afirmación de la salud, que también ha de ser considerada en la unicidad en cada individuo, la igualdad de oportunidades y la comunidad vital. La actual pandemia ha puesto en especial relación, a veces tensa, la unicidad de la salud de cada persona y la salud comunitaria. Las medidas adoptadas la reflejan.

Para la realización del humanismo es necesario proteger al individuo contra todas las amenazas: de los demás, como individuos y como régimen; excepcionalmente de sí mismo y de “todo lo demás” (enfermedad –menos que falta de salud-, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). Estos frentes de resguardo son también líneas de protección del más pleno bienestar físico, mental y social según las posibilidades de la persona.

2) Especificidades

22. En el marco amplio de las especificidades del mundo jurídico, que abarca los alcances, la dinámica y las situaciones, nos referiremos específicamente a los alcances, atendiendo a

las diversidades en lo material, lo espacial, lo temporal y lo personal.

a) Alcances materiales

23. Las especificidades materiales, constitutivas de ramas jurídicas forman particularidades de salud y todas forman un complejo que influye en ella de manera diversificada. La rama jurídica que interviene más específicamente en la salud es el Derecho de la Salud, Hay otras ramas muy calificadas en ese sentido, como las que hacen al bloque de constitucionalidad, el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes y el Derecho del Deporte. Para considerar el complejo se puede encarar la perspectiva de la Teoría General del Derecho respecto de la Salud.

b) Alcances espaciales

24. Las diversidades jurídicas espaciales, consideradas, por ejemplo, en el Derecho Comparado, muestran también maneras diversas en que la juridicidad influye en la salud. Cada sistema jurídico corresponde contri-

buye a formar un sistema de salud. Por ejemplo: el perfil de salud que surge del Derecho Occidental es distinto del que brindan otros sistemas como el Derecho Islámico, los del Extremo Oriente, el de la India tradicional o el África “Negra”. Hay que considerar, sin embargo, que la occidentalidad ha impulsado un despliegue de globalización/marginación¹² que provoca la expansión de los perfiles de salud occidentales en la superficialidad del resto de la juridicidad. Para considerar los efectos del Derecho en la salud planetaria puede ser útil tener en cuenta la perspectiva del Derecho Universal¹³.

c) Alcances temporales

25. El Derecho varía en el tiempo y con esas diversidades se diferencian también sus influencias en la salud. Cada tiempo jurídico corresponde a un tiempo de la salud. Al comienzo nos hemos referido al transcurso de distintas concepciones de la salud. Esas diferencias se muestran también en las influencias jurídicas en la salud. Cada edad o era tiene una manera propia de relación del Derecho in-

fluenciando a la salud, para cuyo enfoque puede ser relevante la consideración de la Historia del Derecho.

d) Alcances personales

26. La juridicidad tiene proyecciones específicas personales en los individuos y los grupos. Cada humano se constituye con una juridicidad que le es particular, por ejemplo, con mayor participación del Derecho Administrativo, el Derecho Procesal, el Derecho del Trabajo, etc. Esa conformación específica corresponde a efectos también particulares en la salud. Siempre es relevante hacer el jurianálisis de la persona, en este caso, en cuanto a las consecuencias de la juridicidad en su salud.

En todos los supuestos es muy constitutivo el Derecho de la Salud pero, por ejemplo, la conformación social, mental y física de un profesor de Universidad pública con dedicación exclusiva depende más del Derecho Administrativo, en tanto que la de un empresario se despliega más con el Derecho Civil y Comercial. Ciertas inestabilidades en la vida universitaria nos han permitido

observar cómo las medidas adoptadas han influido en la salud de los profesores. Si el profesor enseña Derecho, la influencia jurídica en la salud dependerá más de la justicia, si explica Medicina esa influencia será más referida a la justicia relacionada con la salud.

B) Dinámica: Estrategia Jurídica

27. La estrategia jurídica, donde se dinamizan las dimensiones y las especificidades del Derecho, ordenando medios a la obtención de fines, tiene, en consecuencia efectos en la salud¹⁴. Cuando se la decide, estos resultados deben ser tenidos en cuenta en su cabal significación.

III. Conclusión

28. La comprensión compleja de la salud y del Derecho que hemos expuesto evidencia que al considerar cualquier despliegue jurídico, por ejemplo, al dictar una sentencia, corresponde tener en cuenta, según lo requieran las particularidades de los problemas, los desarrollos de la salud. Sin salud no hay justicia y sin justicia no hay salud. ■

CITAS

¹ MATA, PEDRO DR., *Hipócrates y las escuelas hipocráticas*, Madrid, Rojas, 1859; <https://www.filosofia.org/aut/mat/1859hipo.htm>, 1-7-2021; ESPINOSA ÁLVAREZ, René F. Msc LÓPEZ ESPINOSA, José Antonio Lic., “Vigencia del pensamiento hipocrático”, en *Revista Cubana de Medicina General Integral*, Vol. 29, N° 3, jul-set. 2013, Scielo, http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252013000300012, 1-7-2021.

² V. CHALIPPE, CANDIDE (O.F.M), *Vida del seráfico Padre y Patriarca San Francisco de Asís*, Viuda de Joaquín Ibarra, 1796, https://books.google.com.ar/books?id=Rb-5bFp0D5aQC&pg=PA480&lpg=PA480&dq=san+francisco+as%C3%ADs+silicio&source=bl&ots=zi2yT_56DU&sig=AC-fU3U2Wg07uJk78ucoRv2EXNlplieTdd-w&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwj01-rLz4MfyAhW-qJUCHRx0BcwQ6AF6BA-gFEAM#v=onepage&q=silicio&f=false, 2-7-2021.

³ Oms, *Documentos básicos*, suplemento de la 45ª. edición, octubre de 2006. Cabe c. <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>, 1-7-2021. La cita pro-

cede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que entró en vigor el 7 de abril de 1948. V. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española, bienestar*, “De bien y estar. 1. m. Conjunto de las cosas necesarias para vivir bien. 2. m. Vida holgada o abastecida de cuanto conduce a pasarlo bien y con tranquilidad. 3. m. Estado de la persona en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica.”, <http://dle.rae.es/?id=5TwfW6F>, 2-7-2021; PRIETO SANCHÍS, Luis. “Notas sobre el bienestar”, en *Doxa*, N° 09, 1991. págs. 157/169, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10784/1/doxa9_07.pdf, 3-7-2021; VALDÉS, Margarita. “Dos aspectos en el concepto de bienestar”, en *Doxa*. N° 9, 1991, págs. 69/89, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-aspectos-en-el-concepto-de-bienestar-0/>, 12-7-2021; SEN, Amartya K., *Capacidad y Bienestar*, eumed.net, http://www.eumed.net/cursecon/economistas/textos/Sen-capacidad_y_bienestar.htm, 2-7-2021; “Ética y Bienestar”, sección en *Doxa*, 1991, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10777>, 12-7-2021. El “bien-estar” ha de entenderse como una manera del “bien-vivir”. La noción de Estado de bienestar se expandió precisamente en la década de los 40 del siglo XX. .

⁴. Se puede v. también por ej. *Historia de la Medicina*, Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_medicina, 1-7-2021.

⁵ Es posible *ampliar* por ej. en nuestro artículo “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 28, 2004/5, págs. 19/32, Centro de Investigaciones ... cit., <https://drive.google.com/file/d/1OHP7STZpPtDIJCoz8Hjv8qXwop4w9YN8/view>, 2-7-2021; *Cartapacio*, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/articulo/view/681/535>, 2-7-2021.

⁶ En evocación de Diké, una de las divinidades griegas de la justicia.

⁷ Es posible *ampliar* en GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al Derecho*, 6a. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *Una teoría trialista del Derecho*, 2ª. ed. de *Una teoría trialista del mundo jurídico*, Bs. As., Depalma, 2020.

⁸ *Suicidios Argentina 2001*, Expansión/Datosmacro.com, <https://datosmacro.expansion.com/demografia/mortalidad/causas-muerte/suicidio/argentina?anio=2001>, 2-7-2021.

⁹ Se puede *ampliar* en nuestro artículo “Notas para una comprensión jusfilosófica del Qui-

jote”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 9, 1987, págs. 19 y ss.

¹⁰ Es posible *ampliar* en nuestro libro *Méritos y merecimientos*, Rosario, FderEdita, 2020, Centro de Investigaciones ... cit., <https://drive.google.com/file/d/1Jp78266nT9BZMCn1IU-HXg3KhCFvGmVDt/view>, 31-7-2021.

¹¹ Se ha llegado a afirmar que la comunicación y la regulación constituyen la esencia de la vida interior del hombre, tanto como de su vida social (WIENER, NORBERT, *Cibernética y sociedad*, trad. José Novo Cerro, 3ª. ed., Bs. As., Sudamericana, 1988, pág. 18).

¹² Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en *Revista del Centro de Investigaciones ... cit.*, N° 24, 2000, págs. 41/56.

¹³ Cabe *ampliar* en nuestro libro *El Derecho Universal*, Rosario, FJ, 2001.

¹⁴ Se puede *ampliar* en nuestro libro *Estrategia Jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011, *Cartapacio*, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/articulo/view/1372/1575>, 1-7-2021.

Los nuevos dilemas de la Bioética

myf

170



Dra. Marisa **Aizenberg**

*Directora del Observatorio de Salud, Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires*



Dr. Andrés **Brandolini**

*Responsable del Área Régimen Jurídico del Medicamento
del Observatorio de Salud, Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires*

La Bioética, entendida como el estudio sistemático de las dimensiones morales de las ciencias de la vida y la atención de la salud, impregna directa o indirectamente las decisiones que se toman, ya sea en el ámbito sanitario como en los procesos judiciales en los cuales se ventilan cuestiones vinculadas a la salud. El presente artículo tratará entonces de brindar una visión aproximada de los principales estándares jurídicos vigentes aplicables en la materia, en relación a la normativa nacional e internacional, y a los nuevos principios que se comienzan a conjeturar a partir de la aplicación y potencialidad de los adelantos genómicos y digitales, en el contexto sanitario.

I. Introducción

La Bioética, en su concepción amplia, entendida como el “estudio sistemático de las dimensiones morales de las ciencias de la vida y la atención de la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un contexto in-

terdisciplinario” (Potter, 1971; Reich, 1978), proponía establecer un puente que permita la coexistencia entre las personas y las especies vivas, desde una mirada altruista y antropocéntrica.

Se pueden observar importantes avances desde su formulación como disciplina independiente, así como teorías y métodos que han resultado aplicables, pero exceden el marco de este breve artículo. Importa destacar, el extendido enfoque de principios axiológicos con sustento en los derechos personalísimos que se ha consolidado en la normativa vigente, y conforma una herramienta de suma utilidad para la toma de decisiones, tanto en el ámbito asistencial público o privado, de investigación o el judicial. Asimismo, relevantes instrumentos internacionales han dado recepción a tales principios y se han incorporado, además, al ordenamiento jurídico interno.

En este punto debemos señalar que los lineamientos vigentes de la Bioética clásica, los cuales intentan responder

a los dilemas que plantean los hechos científicos en su aplicación a la persona humana, la vida, el ambiente y la biodiversidad, se ven actualmente contrastados por los vertiginosos avances tanto tecnológicos, como de las ciencias informáticas y ómicas -en particular, la genómica-, cuyos insumos forman parte del debate en torno a una nueva Bioética que pretende erigirse.

Se plantean en este sentido, nuevas preguntas que irrumpen y amenazan con los valores y las creencias sobre las que pretendíamos tener conocimientos claros y relativamente ciertos. Y, claro es, que los avances mencionados importan enormes beneficios en la posibilidad de mejorar la salud y la calidad de vida de las personas, pero junto a ello, se observa la potencialidad de riesgos y amenazas emergentes, que consideramos necesario comenzar a debatir. Además de realizar un repaso de los principales estándares jurídicos vigentes, propiciamos en estas líneas, dar los primeros pasos en esa dirección, so-

bre discusiones incipientes, pero no por ello, menos relevantes.

II. La Bioética clásica

Sin introducirnos al análisis de su historia, la bioética, como disciplina que se aplica en la actualidad a los temas éticos planteados en el ámbito de la salud, se ha constituido en una valiosa herramienta para la toma de decisiones que permiten la reflexión y la deliberación sobre cuestiones dilemáticas que debaten las sociedades contemporáneas, involucrando la comprensión de los contextos, el reconocimiento de los valores predominantes y los marcos normativos aplicables a situaciones individuales o colectivas.

Podemos fijar algunos hitos de la Bioética clásica en las pautas éticas establecidas en la Alemania de principios de siglo XX. En efecto, uno de los primeros antecedentes en la materia lo constituye el Código Ético de Berlín, o Normas Prusianas de 1900

y las Normas para los Tratamientos Curativos de nuevo tipo y la ejecución de experimentos científicos en seres humanos de 1931. Dichas normas ya establecían aspectos centrales, aún hoy vigentes, referidos al requisito del consentimiento informado, la experimentación en individuos –que nominaba– en “situaciones sociales precarias” o en “niños o jóvenes menores de 18 años”. El punto de inflexión histórico, político, social y jurídico constituido por la Segunda Guerra Mundial, dio origen, luego de los Juicios de Nüremberg, a uno de los documentos más relevantes que instituye el punto de partida de los lineamientos internacionales vigentes: el Código de Nüremberg.

Los adelantos tecnológicos y las contribuciones científicas para mejorar la vida y la salud de las personas a través de intervenciones en el campo sanitario, abrieron nuevos debates, cuyos resultados quedaron plasmados en instrumentos internacionales, abriendo un campo fértil para la in-

corporación de normas vinculadas a los derechos humanos en el ámbito de la Bioética, en el respeto irrestricto de la dignidad, los derechos personalísimos y las libertades fundamentales.

II.1. Lineamientos internacionales

II.1.a. Código de Nüremberg (1947)

Redactado por los médicos Leo Alexander y Andrew Ivy, en base a los criterios condenatorios de 24 médicos nazis en los Juicios de Nüremberg (1945-1946), el Código de Nüremberg¹ (Normas éticas acerca de la experimentación en seres humanos) constituye un decálogo fundante para la bioética y la investigación en seres humanos.

Entre sus principales premisas se reitera la esencialidad del consentimiento informado de los sujetos de experimentación, la búsqueda del bien social, evitar cualquier daño o sufrimiento físico o mental que resulte innecesario, la evaluación del riesgo en función de los beneficios

potenciales, instalaciones adecuadas y otras previsiones necesarias para evitar daños, discapacidades o incluso la muerte en los sujetos, la necesidad de investigadores científicamente calificados, la posibilidad de abandonar la investigación por parte de los sujetos, entre otras.

II.1.b. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Se trata de un documento que proclama el reconocimiento de los derechos humanos² para todas las personas que habitan este planeta y, bajo los esenciales valores promovidos, se encuentra la estrecha relación de los derechos humanos con la Bioética. Reafirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1), el derecho de no discriminación (art. 2), a la vida, libertad y seguridad (art. 3), prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5), que se asegure la salud y la asistencia médica (art. 25).

II.1.c. Declaración de Helsinki (1964)

Otro hito normativo lo constituye la Declaración de Helsinki³, adoptada por la Asamblea Médica Mundial en 1964. Sus principios fundamentales son la protección de los derechos e intereses de las personas que participan en la investigación (art. 8), la vida, la dignidad, la integridad, el derecho a la autodeterminación, la intimidad y la confidencialidad de la información (art. 9) atendiendo a las normas y estándares éticos, legales y jurídicos locales (art. 10), la reducción del daño (art. 11). También se hace expresa mención a la idoneidad de los investigadores (art. 12), la evaluación del balance riesgo/beneficio (arts. 16, 17 y 18), la consideración de grupos y personas vulnerables (arts. 19 y 20), los requisitos científicos y protocolos de investigación (arts. 21 y 22), la intervención de Comités de Ética de Investigación (art. 23), el consentimiento informado (arts. 25 a 32), el uso de placebo (art. 33) y de intervenciones no probadas (uso compasivo) (art. 37).

Desde su adopción original, la Declaración ha sufrido diversas actualizaciones (Tokio, 1975; Venecia, 1983; Hong Kong, 1989; Edimburgo, 2000; Fortaleza, 2013).

II.1.d. Informe Belmont (1979)

El Informe Belmont⁴ conforma un importante antecedente del enfoque principialista que sustenta la Bioética actual. Fue elaborado en 1979 bajo el título de "Principios éticos y lineamientos para la protección de los sujetos humanos de experimentación", por la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y Conductual, como consecuencia de las irregularidades cometidas en el estudio sobre sífilis en Tuskegee (Alabama), realizado entre 1932 y 1972 el cual, como el propio informe señala, "utilizó negros de áreas rurales en situación desventajosa para estudiar el curso que seguía aquella enfermedad al abandonar el tratamiento, una enfermedad que no era sólo propia de aquella población. A estos sujetos se les privó de todo trata-

miento ya demostrado efectivo a fin de que el proyecto no sufriera interrupción, y esto mucho tiempo después de que el uso de este tratamiento fuese una práctica generalizada”.

Los principios enunciados en el informe son:

i. Respeto a las personas: el cual se desdobra en la convicción de que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos y, por otro lado, que todas las personas cuya autonomía está disminuida tienen derecho a ser protegidas.

ii. Beneficencia: lo cual requiere el esfuerzo en el aseguramiento del bienestar que, a su vez, se expresa en dos reglas complementarias: no causar ningún daño (máxima hipocrática del *primum non nocere*), maximizar los beneficios posibles y disminuir los posibles daños.

iii. Justicia: en términos de selección de los participantes, distribución equitativa de recursos, cargas y beneficios, acceso a los tratamientos que hayan resultado exitosos, etc.

Estos principios llegan a la actualidad re-elaborados por Beauchamp y Childress (1979) y constituyen la enunciación vigente del principialismo en la Bioética, plasmados en autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

II.1.e. Pautas CIOMS (1982)

En 1982, el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS), en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS), emitió la primera versión de las “Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos”⁵. Tales pautas, actualizadas en 1993, 2002 y 2016, incorporan cuestiones tales como el valor social y científico de la investigación, los entornos de escasos recursos, la gestión de materiales biológicos y los datos relacionados, compensación por daños, la consideración de personas vulnerables, investigación en niños, adolescentes, mujeres, situaciones de emergencia, uso de herramientas digitales, rendición pública de cuentas y

conflictos de interés, entre otras.

II.1.f. Guías ICH (1996)

Otra importante fuente de lineamientos consensuados por las principales autoridades regulatorias en el ámbito internacional y las farmacéuticas, la constituyen las Guías de la International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use⁶ (ICH), en particular, aquellas referidas a eficacia, calidad, seguridad y registro de productos farmacéuticos, que incluyen una serie de importantes aspectos bioéticos a tener en cuenta en la investigación en seres humanos.

II.1.g. Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Oviedo - 1997)

El llamado Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina⁷ establece la primacía del ser huma-

no por sobre el interés de la sociedad y la ciencia y la garantía del acceso equitativo a los beneficios de la atención sanitaria. Es considerado un texto internacional jurídicamente relevante en este área, que se presenta como un documento marco para la elaboración de protocolos adicionales. Desarrolla una serie de normas que enuncian derechos individuales entre las que se destaca la protección de la autonomía del paciente y la exigencia del consentimiento informado como regla, junto a disposición en protección de las personas con discapacidad (arts. 5 a 9), la protección de la vida privada y el derecho a la información (art. 10), se regulan cuestiones relativas al genoma humano y la prohibición de discriminación a causa del patrimonio genético (arts. 11 a 14), se garantiza la libertad de la investigación científica y la protección e integridad de los sujetos de investigación (arts. 15 a 18), regula cuestiones relativas a la ablación y donación de órganos y tejidos para trasplantes (art. 19 y 20), prohíbe la disposición

del cuerpo humano y sus partes con fines económicos (art. 21 y 22).

II.1.h. Guías OMS (2000)

Con el objeto de contribuir al desarrollo de calidad y consistencia en la evaluación ética de la investigación biomédica, la Organización Mundial de la Salud emitió en el año 2000 las “Guías Operacionales para Comités de Ética que evalúan investigación médica”⁸. Estas guías fueron elaboradas con el fin de complementar las leyes, reglas y prácticas existentes, y servir además como una base para que los comités de ética puedan desarrollar sus propios procedimientos escritos en orden a sus funciones, estableciendo un estándar internacional para asegurar la calidad en la revisión de los aspectos éticos. Contemplan los propósitos de los Comités de Ética, su establecimiento y constitución, el procedimiento para la gestión de las solicitudes, revisión, toma de decisiones y su comunicación, seguimiento, documentación y archivo.

II.1.i. Declaraciones UNESCO (2005)

Otros documentos de fundamental importancia bioética, son los emitidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), entre los que se destaca la “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”⁹ del año 2005. La relevancia de este enfoque radica en la aproximación humanista que se brinda al ya consolidado principlismo bioético. En efecto, la Declaración establece una serie de principios que sostienen la arquitectura axiológica propuesta en base a la dignidad humana, los derechos y las libertades fundamentales (art. 3). Se enumeran luego los beneficios y efectos nocivos (art. 4), la autonomía (art. 5), el consentimiento (arts. 6 y 7), vulnerabilidad e integridad (art. 8), privacidad y confidencialidad (art. 9), igualdad, justicia y equidad (art. 10), no discriminación (art. 11), diversidad (art. 12), solidaridad y cooperación (art. 13), responsabilidad social (art. 14), aprovechamiento compartido de

beneficios (art. 15), protección de generaciones futuras (art. 16) y del medio ambiente (art. 17). Otras declaraciones de este organismo serán abordadas más adelante en lo referido a la vía genómica de la nueva Bioética.

II.2. Normativa nacional

Los principios enunciados en el ámbito internacional también han sido positivizados en el orden interno¹⁰, ya sea en la normativa de fondo (Código Civil y Comercial), a través del dictado de diversas leyes que involucran aspectos sanitarios con contenido bioético y en las reglamentaciones infralegales, que detallaremos a continuación.

II.2.a. Código Civil y Comercial

El enfoque humanista encuentra recepción en el derecho de fondo de nuestro país a través de diversas normas del Código Civil y Comercial unificado que consagra, además de la constitucionalización del derecho

privado y el respeto a la persona humana, otros principios de raigambre bioética. Se destaca entre ellas, el artículo 17 que establece un criterio clave de interpretación normativa en bioética, siguiendo los lineamientos internacionales en la materia, para establecer que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen valor económico.

El capítulo III de dicho cuerpo legal, se encuentra destinado a regular los derechos y actos personalísimos. En efecto, el primer artículo de la sección proclama la inviolabilidad de la persona humana y el principio de dignidad (art.51). A ello, se suman la protección de la imagen (art. 53), la regulación de los actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56), las prácticas prohibidas (art. 57), las pautas para las investigaciones en seres humanos (art. 58), el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud (art. 59) y las directivas médicas anticipadas (art. 60).

II.2.b. Otras normas de contenido bioético

Existen, además, numerosas normas internas, con profundo contenido axiológico. Entre ellas podemos mencionar, a título ejemplificativo, la regulación de los Comités de Ética Hospitalarios (Ley 24.742/1996), la Protección de Datos Personales (Ley 25.326/2000)¹¹, los Derechos del Paciente (Ley 26.529/2009), la conocida como “Ley de Muerte Digna” (Ley 26.742/2011), la Identidad de Género (Ley 26.743/2011), la Reproducción Médicamente Asistida (Ley 26.862/2013), la Donación y Trasplante de Órganos (Ley 27.447/18), la Interrupción Voluntaria del Embarazo (Ley 27.610/2021), entre muchas otras.

II.2.c. Ministerio de Salud de la Nación

En el ámbito de la cartera sanitaria nacional, merece destacarse la Resolución 1480/2011, que aprueba la Guía para Investigaciones con Seres Humanos. En este sentido, se

ha emitido además la Resolución 1049/2021, que establece el Manual de los Derechos de los/as Pacientes para el Equipo de Salud¹².

II.2.d. ANMAT

La autoridad regulatoria nacional, Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), también ha procedido al dictado de normas con implicancias bioéticas. Entre ellas, se destaca la Disposición ANMAT 6677/2010, sobre buenas prácticas clínicas, que retoma el enfoque derechohumanista más arriba comentado, al requerir que, en toda investigación clínica, debe salvaguardarse la dignidad de las personas intervinientes, asegurando sus derechos personalísimos, en especial, el respeto de su autonomía, su integridad física, psíquica y moral, ya que según establece dicha norma, el objetivo primario de la revisión de un estudio de farmacología clínica por un Comité de Ética Independiente, es proteger la dignidad,

los derechos, la seguridad y el bienestar de los participantes.

III. La ética kantiana

Las propuestas éticas, como reflexiones de la moral, han tenido en Kant una fuente de inspiración bioética fundada en la idea de autonomía, en un ser humano dueño de sus propias reglas y decisiones y sin sometimiento a la voluntad de otro, "la autonomía es, pues, el fundamento de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional". Ese respeto al ser humano, como un fin en sí mismo, encuentra expresión en el imperativo categórico kantiano: "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio"¹³. El otro fundamento kantiano se asienta en la idea de dignidad, donde frente a lo material que posee un precio o valor que puede sustituirse por su equivalente, aparece el ser

humano que, a diferencia de las cosas, tiene dignidad.

IV. La nueva Bioética

Si bien el enfoque principialista, con los aportes kantianos y el sustento en los derechos humanos se encuentra actualmente afianzado e incorporado al ordenamiento positivo internacional y local, los vertiginosos avances de las ciencias informáticas y biológicas comienzan a generar un debate acerca de la necesidad de revisar su marco teórico, en función de la complejidad de la vida en sociedades altamente tecnificada, con brechas de desigualdad e intereses heterogéneos, donde se hace necesario construir herramientas de respeto por la diversidad y el pluralismo, sin descuidar los derechos y libertades fundamentales.

En efecto, la conmoción a la que se ven sometidos los fundamentos de la Bioética con sus principios basados en los derechos humanos, se fortalece

en la posibilidad de alterar la propia esencia humana a causa de los avances científicos.

Las grietas de la Bioética clásica son entonces apuntaladas por los dos arietes axiológicos de la nueva Bioética: por un lado, la vía digital, impulsada por los vertiginosos avances en el campo de la informática y de la inteligencia artificial, y por otro, la vía biológica (o genómica), a instancias de los avances en el conocimiento y posibilidades de manipulación del genoma humano. Describiremos a continuación, muy brevemente, cada una de ellas.

V.1. La vía digital

El desarrollo de la inteligencia artificial¹⁴ y las ciencias informáticas han implicado un enorme avance en todas las actividades humanas y, en particular, en la atención sanitaria. Transitamos una nueva revolución industrial caracterizada por la coexistencia de tecnologías convergentes, que hacen

difusos los límites entre lo físico, lo digital y lo biológico, generando una fusión entre estas tres dimensiones que plantean cambios verdaderamente disruptivos¹⁵. Es la fase de digitalización, impulsada por el aumento de los volúmenes de datos, la potencia en los sistemas computacionales y la conectividad, de los cuales el sector de salud no resulta ajeno.

Sin embargo, también existen riesgos vinculados a la vulneración de derechos, frente a áreas de vacancia normativa; nuevos dilemas bioéticos; opacidad en la toma de decisiones; la brecha digital; las discriminaciones de género, por pertenencia a determinado grupo, por posibilidad de acceso o de otro tipo; la intromisión en las vidas privadas o el uso de la información con fines diferentes a los autorizados, e incluso delictivos¹⁶. También se observan dificultades en la forma de implementar el consentimiento informado; la seguridad de los datos y de los procesos; la transparencia de los resultados; los eventuales sesgos; los términos y

condiciones de uso; las vulnerabilidades emergentes, la privacidad de los datos y sus segundos usos, entre otros (S. Gerke et al., 2020). A ello se suman incluso otros riesgos de índole existencial para la especie humana¹⁷.

Observamos que estos desarrollos han tenido recepción registral en nuestro país. La autoridad reguladora nacional (ANMAT) ha procedido a la inscripción de productos, específicamente softwares utilizados como dispositivo médicos, que consisten en innovaciones que aplican inteligencia artificial, con capacidad de realizar diagnósticos médicos, tal como lo haría un especialista humano¹⁸.

Desde la perspectiva de los pacientes también surgen situaciones inéditas. En este sentido, podemos citar a Neil Harbisson, activista del movimiento que promueve la incorporación de tecnologías al cuerpo humano con capacidad de modificar su funcionamiento, quien es conocido como el primer cíborg. Harbisson, con motivo de su-

frir un trastorno genético de su visión (acromatopsia) que le imposibilitaba ver colores, fue implantado con un dispositivo osteointegrado en su cráneo lo cual le permite ahora percibir no solo los colores, sino también otros tipos de radiación electromagnética que están por fuera del espectro visible para el ojo humano¹⁹.

Así las cosas, algunas de las nuevas respuestas bioéticas, frente a estos desafíos, provienen de nuevas corrientes filosóficas, tales como el transhumanismo (Sloterdijk, 1999) o el poshumanismo.

Se comienzan a cuestionar las limitaciones humanas -tal cual las conocemos- y cobra fuerza la idea de quienes sostienen que el estado actual de la humanidad es transitorio e inacabado y que, por medio de intervenciones tecno-científicas, se podrá acelerar el desarrollo evolutivo hacia una humanidad aumentada o una condición transhumana o poshumana, ampliando la potencialidad de las personas al

superar los límites del tiempo, físicos y cognitivos²⁰. La culminación del proceso que fusiona la tecnología con la existencia y pensamiento biológico es la singularidad, que permitiría trascender las limitaciones del cuerpo y del cerebro. Finalmente, en la post-singularidad no habría distinción entre humano y máquina o entre realidad física o virtual (R. Kurzweil, 2012).

Surge de lo dicho, un horizonte de serios y complejos dilemas relacionados con la potencial vulneración de derechos de actuales y futuras generaciones, temas sobre los que Jürgen Habermas nos interpelaba en su obra "El futuro de la naturaleza humana" (Habermas, 2002). A ello, podemos añadir como otro elemento de tensión, que el mejoramiento de algunas capacidades solo podría aplicarse a determinados sujetos que, por razones económicas o de otra índole, pudieran adquirirlos, generando un nuevo entorno de inequidades y asimetrías, en el marco de la mercantilización de la salud.

Ante la potencialidad de riesgos de tal magnitud que surgen de estas propuestas que promueven o vislumbran un progreso continuo, la auto-transformación, el direccionamiento evolutivo, la finalidad perfectiva de las ciencias de la salud y ya no solo terapéutica, y el tecno-optimismo, se suele hacer referencia al postulado de Jonas y su principio de responsabilidad (H. Jonas, 1979) como una re-edición del imperativo categórico kantiano con contenido evolutivo. Aunque se plantea que la consecuencia de estos postulados, es la prescindencia de la dignidad humana y los derechos humanos como principios fundantes de una nueva Bioética.

La visión europea, más conservadora y humanista en el sentido clásico, propone garantizar el respeto de los principios éticos basados en los derechos fundamentales, enunciando reglas de respeto por la autonomía humana, prevención del daño, equidad y explicabilidad, junto a siete requisitos claves: acción y supervisión humanas,

solidez técnica y seguridad, gestión de la privacidad y de los datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y ambiental y rendición de cuentas²¹.

Recientemente, el Parlamento Europeo ha emitido una serie de documentos con importantes recomendaciones en la materia, y una estrategia regulatoria basada en el riesgo para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas²².

Desde la perspectiva norteamericana, en el marco de la reciente National AI Initiative Act²³, también se han adoptado principios rectores destinados a garantizar la confianza pública en la inteligencia artificial, la participación pública, la integridad científica y la calidad de la información, gestión y evaluación del riesgo, beneficios y costos, la flexibilidad, la justicia y la no discriminación, la transparencia, la seguridad y la coordinación intergubernamental²⁴.

Existen además, lineamientos bioéticos internacionales para las actividades médicas teleasistenciales²⁵. En dichas actividades irrumpen nuevas disciplinas que también interpelan la vigencia de los estándares bioéticos clásicos: lingüística computacional, speech recognition, asistentes conversacionales, big data, machine learning /deep learning, procesamiento de lenguaje natural, data mining / text mining, realidad virtual / aumentada / mixta, semiología digital, wearables, biosensores implantados, tatuajes biométricos, implantes cerebrales, e-health, m-health, internet of things, blockchain,

Así las cosas, y para la mejor comprensión de las nuevas propuestas bioéticas en el actual contexto digital, resulta conveniente familiarizarse con términos tales como robotización, cibernética, criogénica, nanotecnología (nanomedicina, nanomedicamentos), computación cuántica, neurotecnología (neuroestimulación, implantes neurales, interfases cere-

bro-digitales), bioimpresión, impresión aditiva, uploading, exploración espacial, entre otros.

V.2. La vía biológica

Otro de los ámbitos, además del digital, en donde los avances han sido revolucionarios en los últimos años, lo constituye la Genómica y las disciplinas relacionadas (Farmacogenómica, Transcriptómica, Epigenómica, Proteómica, Nutrigenómica, Metabólica, Lipidómica, Secretómica, Interactómica, Citómica, Fenómica, Exposómica, Metagenómica, Microbiómica, Clinómica). Ello, sumado a los adelantos en las tecnologías diagnósticas moleculares y las ciencias farmacéuticas (medicamentos biológicos, anticuerpos monoclonales, ADN recombinantes, medicamentos de terapias avanzadas, tales como terapia génica, terapia celular somática e ingeniería tisular, oligonucleótidos antisentido, ARN de interferencia, medicamentos digitales, de fabricación aditiva, nanofármacos, etc., que se agregan al

actual arsenal terapéutico de medicamentos con principios activos sintéticos o pequeñas moléculas) se integra en una nueva forma de hacer medicina: la Medicina de Precisión.

Entre los instrumentos bioéticos internacionales más relevantes en este contexto, se pueden citar al ya enunciado Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Oviedo, 1997), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos²⁶ (1997) y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos²⁷ (2003), todos ellos desde una perspectiva derechohumanista y tomando a la dignidad humana como punto de partida de toda construcción normativa y axiológica.

Los cuestionamientos desde la perspectiva bioética vuelven a adquirir relevancia ante la posibilidad, ya concreta, de manipular genéticamente las características esenciales de la especie humana. Ya en el año 2002, en el informe "Converging Techno-

logies for Improving Human Performance" (Roco, 2002) encargado por la National Science Foundation y el Departamento de Comercio de U.S.A., se recepta con optimismo la posibilidad del potenciamiento humano en torno de la biotecnología, la nanotecnología, las tecnologías de la información y las ciencias cognitivas. Sin embargo, tan solo un año después, el Consejo de Bioética de la Presidencia de dicho país, en el informe "Beyond therapy: Biotechnology and the pursuit of happiness" (Kass et al., 2003) advertía sobre los riesgos éticos de dicha aproximación. Similar enfoque conservador empleó la Comisión Europea en su informe "Converging Technologies: Shaping the Future of European Societies" (Busquin et al., 2004), complementado posteriormente en el estudio del grupo Science and Technology Options Assessment (STOA) del Parlamento Europeo, sencillamente denominado "Human Enhancement" (Coenen, et al., 2009). Posteriormente en 2015 el Comité de Bioética del Consejo Europeo emitió su "Statement on genome

editing technologies"²⁸, haciendo hincapié en la vigencia del Convenio de Oviedo, en particular su artículo 13, al prohibir en la edición génica humana, usos distintos de aquellos terapéuticos, diagnósticos o preventivos y los que se puedan transferir a la descendencia (línea germinal).

Nos encontramos en la actualidad frente a técnicas de edición génica que permiten modificaciones con objetivo experimental, ello es, lograr un sujeto con características inexistentes hasta ese momento en su especie. En especial, la técnica conocida como Crispr/CAS9 constituye otra herramienta tecnológica de suma importancia sanitaria y enorme impacto bioético²⁹.

Y recordamos en este punto nuevamente a Bostrom, quien define el transhumanismo "como un movimiento cultural, intelectual y científico que afirma el deber moral de mejorar las capacidades físicas y cognitivas de la especie humana, y aplicar al hombre las nuevas tecnologías para que pue-

dan eliminar los aspectos no deseados y no necesarios de la condición humana: el sufrimiento, la enfermedad, el envejecimiento e, incluso, la condición mortal³⁰.

Múltiples voces se han alzado proponiendo nuevas aproximaciones y principios para afrontar, desde una Bioética renovadora y en sintonía con los adelantos científicos actuales, todos estos retos científicos, tecnológicos, normativos y bioéticos.

Comenzamos a convivir con conceptos tales como mejoramiento cognitivo, físico y longevidad ilimitada es decir, la posibilidad de proyectar la condición humana de modo que se evite el proceso de envejecimiento (Bostrom, 2005), beneficencia procreacional, como un principio ético por el cual estamos obligados a tener la mejor descendencia posible (Savulescu, 2001), selección eugenésica (Savulescu, 2006), asimetría del daño, principio por el cual el beneficio de vivir con una discapacidad no compensaría el daño de po-

seerla (Francis, 2015), amorfia sexual, por la cual se plantea que el dimorfismo sexual podría no ser la vía evolutiva más conveniente (Sparrow, 2010), la utilidad en investigación con fines terapéuticos de la creación de quimeras, híbridos y embrioides (Hübner, 2018), la desvinculación genética de un individuo respecto de sus progenitores, ya sea debido a que, o bien las gametas usadas se generan *in vitro* (Palacios-González et al., 2014), o derivan de múltiples gametas (Bredenoord et al., 2010) o se generan por reproducción iterada (Sparrow, 2014) y la inequidad psicosocial que eventualmente se genere en los niños no potenciados (Jenner, 2011).

Así las cosas, resulta imperativo recurrir a una perspectiva de derechos en el área genética, que permita a la humanidad acceder a los beneficios de la investigación científica, poniendo al hombre como centro de dichos beneficios, con el fin de evitar riesgos o desviaciones no queridas. Siguen vigentes en este orden, las apelaciones

referidas al principio de precaución, frente a la incertidumbre que genera la evidencia científica existente a la fecha sobre la aplicación de las técnicas referidas, dudas que van siendo despejadas por nuevas investigaciones. También, los principios vinculados a la inviolabilidad del genoma humano (art. 1 Declaración sobre Genoma Humano y Derechos Humanos – Unesco), frente a posible riesgos de una neo eugenesia (Romeo Casabona, 2013), o una eugenesia liberal (Habermas, 2002). Se reabre el debate acerca de la necesidad de la utilización responsable y adecuada de la terminología en este campo, en un camino en construcción, evolutivo, que constituye un llamado de atención para legisladores y operadores judiciales frente a las barreras, condicionamientos a crearse, como así expectativas irreales existentes.

En el plano normativo interno, el CCyC en su art. 57, establece como regla general, la prohibición de toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión cuando la mis-

ma se transmita a la descendencia. El fundamento de la negativa, coincidente con el dictamen de la Comisión Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología, que propuso la modificación en la redacción original de la norma³¹, esta dado por que las terapias génicas aplicadas a las células somáticas, sólo tienen efecto en el individuo al que se aplica esa terapia, sin afectar las células germinales, que son aquellas capaces de transmitir las alteraciones a futuras generaciones. Se protege con ello, el derecho de la descendencia, a un genoma libre de manipulación, a la integridad, dignidad, identidad y herencia genética. La explicación está dada porque aún no es posible predecir, con precisión, el alcance de las mutaciones e interacciones causadas por la introducción e interacción de un gen foráneo. En relación a lo expresado, quedan excluidos por tanto de la prohibición, los diagnósticos de genes pre-natales o pre-implantatorios, en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto. En suma, habrá que estar a la finalidad terapéutica perseguida.

VI. Palabras finales y conclusiones que solo pueden ser preliminares

La Bioética constituye una herramienta fundamental para la toma de decisiones de los operadores de salud, legislativos y del derecho, y para los ciudadanos sanitarios.

Tal como se detalla en el presente trabajo, existe un marco normativo y axiológico de gran extensión y desarrollo, en el ámbito nacional e internacional.

Pero, sin perjuicio de ello, numerosos y profundas reflexiones bioéticas surgen a partir del desarrollo de las nuevas tecnologías digitales y biológicas. Se necesita conformar una agenda de debate global, abierta, democrática, inclusiva, transparente y armonizada, sobre temas que entrañan profundos beneficios para la humanidad, pero transitan una pendiente resbaladiza, donde resulta necesario afianzar la perspectiva de derechos.

La Academia es el ámbito propicio pa-

ra generar alianzas y redes colaborativas internas y transfronterizas, en la búsqueda de esa masa crítica de pensamiento, serio, riguroso y responsable que convoque a todos los actores, para la elaboración de los insumos que requieren los sectores legislativos y ejecutivos, en pos de una gobernanza robusta y con políticas activas. Debe amalgamar los criterios que surjan desde las diversas y complejas áreas de análisis, donde la bioética sea el norte que dirima y equilibre los dilemas en pos del bien común, individual y colectivo.

Reflexionar acerca de los límites de la ciencia y del derecho en su convergencia con los dilemas bioéticos y los valores que los sustentan; la distinción entre tratamientos curativos y perfectivos; la intervención sobre el genoma humano con fines terapéuticos o para elegir una cualidad determinada; la protección del dato genético; el proceso de elaboración, consolidación y monitoreo de nuevos derechos, principios y re-

glas, cuyas respuestas deben anclar en valores fundamentales de nuestras sociedades y conforman una nueva dimensión de análisis bioético, entre otras, son cuestiones que deben estar presente en el núcleo duro del análisis, para proteger y garantizar a cada individuo, su comunidad y las futuras generaciones, las condiciones de ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los transhumanistas han marcado fechas para la concreción de algunos hitos. Así, en el año 2045 estiman se producirá la llamada singularidad tecnológica, cuando la inteligencia artificial alcance a la inteligencia humana, y comience a superarla, dando comienzo a la era post-humana; y auguran además una inteligencia mejorada, aumentada, longeva y de bienestar. De allí estas reflexiones preliminares, que intentan recuperar el debate crítico desde el pensamiento jurídico, en un área que presenta nuevos dilemas bioéticos y vulnerabilidades cuyas

respuestas debemos construir, de cara a un futuro que ya llegó. ■

BIBLIOGRAFÍA

- BEAUCHAUMP, T. Y CHILDRESS, J. "Principles of Biomedical Ethics". Nueva York, Oxford University Press, 1979.
- BOSTROM, N. "In Defence of Posthuman Dignity", Bioethics, Vol. 19, No. 3, pp. 202-214.
- BOSTROM, N. "Superintelligence: paths, dangers, strategies". Oxford University Press, 2014.
- BREDENOORD, A. L., DONDORP, W., PENNING, G., Y DE WERT, G. "Ethics of modifying the mitochondrial genome". J. Med. Ethics 37 (2), 97-100, 2011.
- BUSQUIN, P. et al. "Converging Technologies: Shaping the Future of European Societies". Comisión Europea, Bélgica, 2004.
- COENEN, C. et al. "Human Enhancement". Parlamento Europeo, Bruselas, 2009.
- FRANCIS, L. "Creation ethics and the harms of existence". J. Med. Ethics 41 (5), 418-419, 2015.
- GERKE, S., MINSSEN, T. Y COHEN, G. "Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare" en "Artificial Intelligence in Healthcare". Publicado on-line, 2020.
- HABERMAS, J. "El futuro de la naturaleza humana" ¿Hacia una eugenesia liberal? Ed. Paidós, 2001, Traducción 2002.
- HÜBNER, D. "Human-animal chimeras and hybrids: an ethical paradox behind moral confusion?" J. Med. Philos. 43 (2), 187-210, 2018.
- JENSEN, D. A. "A Kantian argument against comparatively advantageous genetic modification". J. Med. Ethics 37 (8), 479-482, 2011.
- JONAS, H. "El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica", 1979.
- KANT, I. "Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica" .15° Ed., México, 2007.

- KASS, L. et al. *"Beyond therapy: Biotechnology and the pursuit of happiness"*, President's Council on Bioethics, Washington, 2003.
- KURZWEIL, R. *"The singularity is near. When humans transcend biology"*, 2012.
- PALACIOS-GONZÁLEZ, C., HARRIS, J., AND TESTA, G. *"Multiplex parenting: IVG and the generations to come"*. J. Med. Ethics 40 (11), 752-758, 2014.
- POTTER, V. R. *"Bioethics bridge to the future"*. Nueva Jersey, Prentice Hall, 1971.
- REICH, W. *Encyclopedia of Bioethics*, Mac Millan, New York 1978.
- ROCO, M. (Ed.) *"Converging Technologies for Improving Human Performance: Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science"*, Springer Verlag, Nueva York, 2003.
- ROMEO CASABONA, C. M., *"Consideraciones jurídicas sobre procedimientos experimentales de mejora (enhancement) en neurociencias"*. Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de

la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Ed. Edisofer S.L., Madrid, 2013.

- SAVULESCU J. *"Procreative beneficence: why we should select the best children"*. Bioethics 2001;15:413-26.
- SAVULESCU, J. et al. *"Behavioural Genetics: Why Eugenic Selection is Preferable to Enhancement"*. Journal of Applied Philosophy, Vol. 23, No. 2, 2006.
- SLOTERDIJK, P. *"Reglas para el parque humano. Una respuesta a la Carta sobre el Humanismo"*. Publicado en Revista Observaciones Filosóficas. Disponible en: https://cursosluispatinoffyl.files.wordpress.com/2014/01/00_peter_sloterdijk__reglas_para_el_parque_humano_revista_observaciones_filosoficas1.pdf Acceso el 24/08/2021.
- SPARROW, R. *"Should human beings have sex? Sexual dimorphism and human enhancement"*. Am. J. Bioeth. 10 (7), 3-12, 2010.
- SPARROW, R. *"Eugenia in vitro"*. J. Med. Ethics 40 (11), 725-731, 2014.

CITAS

- ¹ Código de Nüremberg. Disponible en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/27102?locale-attribute=pt>. Acceso el 21/08/2021.
- ² Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acceso el 21/08/2021
- ³ Asociación Médica Mundial. Declaración de Helsinki. Disponible en: <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/>. Acceso el 21/08/2021.
- ⁴ Informe Belmont. Disponible en: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>. Acceso el 21/08/2021.
- ⁵ CIOMS. Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos. Disponible en: https://cioms.ch/wp-content/uploads/2018/01/CIOMS-Ethical-Guideline_SP_WEB.pdf. Acceso el 21/08/2021.

⁶ ICH Guidelines. Disponibles en: <https://www.ich.org/page/ich-guidelines>. Acceso el 22/08/2021.

⁷ Consejo de Europa. Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo). Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>. Acceso el 02/09/2021.

⁸ OMS. Guías Operacionales para Comités de Ética que evalúan investigación médica. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/66641/TDR_PRD_ETHICS_2000.1_spa.pdf?sequence=1. Acceso el 22/08/2021.

⁹ UNESCO. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Acceso el 22/08/2021.

¹⁰ En cuanto a nuestra Constitución Nacional, si bien el Derecho de la Salud y sus aspectos bioéticos no han sido expresamente incorpo-

rados, sí merecen destacarse por su aplicación indirecta los artículos 14bis, 16, 20, 33, 41, 42, 43 y, a través del 75 inc. 22, la incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 25.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4; Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art.5, inc. e, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 11; Convención de Derechos del Niño, art. 24, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 y su Observación General 14, referida al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, en particular su párrafo 12 y sus lineamientos bioéticos para el acceso).

¹¹ La protección de los datos personales en el ámbito sanitario constituye una de las cuestiones de mayor impacto en términos bioéticos. La posibilidad de segundos usos de dicha información o el tratamiento informatizado de la misma excede los principios actualmente establecidos por la normativa

vigente, la Ley 25.326/2000: licitud del archivo (art. 3), calidad de los datos (art. 4), consentimiento (art. 5), información a los titulares de los datos (art. 6), categorías de datos (art. 7), datos relativos a la salud (art. 8), seguridad (art. 9), confidencialidad (art. 10), cesión (art. 11), transferencia internacional (art. 12), derecho de información (art. 13), acceso (art. 14), contenido de la información (art. 15), derecho de rectificación, actualización o supresión (art. 16). Entre las cuestiones que aún requieren ser reguladas se encuentran: la finalidad (segundos usos, la monetización de los datos, la posibilidad del perfilamiento de los pacientes), la minimización de los mismos, el plazo de conservación, la responsabilidad proactiva/demostrada, la notificación de incidentes de seguridad, oposición, supresión, portabilidad, privacidad por diseño, privacidad por defecto, evaluación de impacto, delegado de datos personales, la información sobre el procesamiento de información, la objeción al uso comercial, el procesamiento humano, entre otras. La norma de referencia en el ámbito internacional es el General Data Protection Regulation (Reglamento (UE) 2016/679). Disponible en <https://eur-lex>.

europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN. Acceso el 22/08/2021.

¹² Sin perjuicio de lo dispuesto en el ámbito nacional, cabe destacar la potestad que poseen las jurisdicciones provinciales, en atención a la manda constitucional de los artículos 1 y 121 de nuestra Carta Magna, en los cuales se fundamenta el federalismo sanitario imperante en nuestro país, de regular los aspectos bioéticos de todas las cuestiones tratadas en el presente artículo, y las normas imperantes en las jurisdicciones locales que, por cuestiones de extensión editriales, no mencionaremos.

¹³ KANT, IMMANUEL. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Crítica de la razón práctica. 15ª Ed. México, 2007.

¹⁴ Según la Comisión Europea “La inteligencia artificial (IA) se refiere a sistemas diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en el mundo físico o digital percibiendo su entorno, interpretando los datos estructurados o no estructurados recopilados, razonando sobre el conocimiento derivado de estos datos y decidiendo la mejor

acción a tomar (de acuerdo con parámetros predefinidos) para lograr el objetivo dado. Los sistemas de IA también pueden diseñarse para aprender a adaptar su comportamiento analizando cómo el medio ambiente se ve afectado por sus acciones anteriores. Como disciplina científica, la IA incluye varios enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (machine learning, del cual el aprendizaje profundo, deep learning, y el aprendizaje reforzado, reinforcement learning, son ejemplos específicos), el razonamiento automático, machine reasoning, (que incluye planificación, programación, representación y razonamiento del conocimiento, búsqueda y optimización) y robótica (que incluye control, percepción, sensores y actuadores, así como la integración de todas las demás técnicas en sistemas ciberfísicos). High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. A definition of AI: Capacidades principales y disciplinas científicas. Bruselas, 2018. Disponible en: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf. Acceso el 24/08/2021.

¹⁵ ANA INÉS BASCO, GUSTAVO BELIZ, DIEGO COATZ, PAULA GRANERO, *Industria 4.0, Fa-*

bricando el futuro, Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Industria-40-Fabricando-el-Futuro.pdf>.

¹⁶ Acceso el 24/08/2021. Comisión Europea. Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf. Acceso el 24/08/2021.

¹⁷ Se suele hablar de inteligencia artificial débil (la actualmente en uso, capaz de realizar pocas tareas programadas por el hombre) y fuerte, e incluso superinteligencia, cuando estos sistemas desarrollen razonamiento mediante sentido común, auto-conciencia y la habilidad de definir sus propios objetivos. Según importantes voces, tal escenario podría constituir un riesgo para la continuidad de la vida humana (N. Bostrom, 2014).

¹⁸ Ver, por ejemplo, el site de la empresa que desarrolló y registró estos productos en nuestro país. Disponible en: <https://entelai.com/>. Acceso el 24/08/2021.

¹⁹ Disponible en: <https://www.cyborgfoundation.com/>. Acceso el 24/08/2021.

²⁰ Declaración Transhumanista (1998-2009). Disponible en: <https://humanityplus.org/transhumanism/transhumanist-declaration/>

²¹ Comisión Europea. Directrices éticas para una IA fiable. (2019) Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.

²² Comisión Europea. Excelencia y confianza en la inteligencia artificial (2021). Disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_es#documents. Acceso el 24/08/2021.

²³ Disponible en: <https://www.congress.gov/116/crpt/hrpt617/CRPT-116hrpt617.pdf#page=1210>. Acceso el 24/08/2021.

²⁴ Guidance for Regulation of Artificial Intelligence Applications. Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies. Disponible en: [*OMB-Memo-on-Regulation-of-AI-1-7-19.pdf*. Acceso el 24/08/2021.](https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/01/Draft-</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁵ Asociación Médica Mundial. Declaración de la AMM sobre la Ética de la Telemedicina. Disponible en: <https://www.wma.net/es/politicas-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-etica-de-la-telemedicina/>. Acceso el 24/08/2021.

²⁶ UNESCO. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Acceso el 02/09/2021.

²⁷ UNESCO. Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Acceso el 02/09/2021.

²⁸ Council of Europe, "Statement on genome editing technologies", Estrasburgo (2015). Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCT-MContent?documentId=090000168049034a>. Acceso el 03/09/2021.

²⁹ Tal invención fue merecedora del Premio Nobel de Química en 2020. En palabras de la propia Academia Sueca de Ciencias: "Emmanuelle Charpentier y Jennifer A. Doudna han descubierto una de las herramientas más afiladas de la tecnología genética: las tijeras genéticas CRISPR/Cas9. Con estas, los investigadores pueden cambiar el ADN de animales, plantas y microorganismos con una precisión extremadamente alta. Esta tecnología ha tenido un impacto revolucionario en las ciencias de la vida, está contribuyendo a nuevas terapias contra el cáncer y puede hacer realidad el sueño de curar enfermedades hereditarias". Disponible en: <https://www.kva.se/en/pressrum/pressmeddelanden/nobelpriset-i-kemi-2020>. Acceso el 02/09/2021.

³⁰ Disponible en: <https://www.nickbostrom.com/papers/history.pdf>. Acceso el 03/09/2021.

³¹ Informe de la Comisión Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/etica-de-la-investigacion-cientifica-tecnologica-y-derecho-el-comienzo-de-la-persona-y-el-tratamiento-del-embrión-no-implantado.pdf>. Acceso el 03/09/2021.

La Bioética como saber disciplinar auxiliar del servicio de justicia

myf

190

Dra. María Carolina **Caputto**

*Abogada, especializada en Derecho Procesal Civil, con
Diploma en Derecho a la Salud y Legislación Sanitaria.*

*Máster en Bioética. Asesora Profesional Mayor, Fiscalía
de Estado de la Provincia de Santa Fe. Docente en Bioética
de la Universidad Nacional del Litoral.*



En el presente trabajo pretendo poner de relieve que la Bioética, con sus características, peculiar abordaje y metodología novedosa, puede servir a quienes ejercen la magistratura, sobre todo en aquellas cuestiones vinculadas a la interrelación de la persona y las ciencias de la salud. Se analiza prietamente la competencia como concepto bioético, y su particular influencia en la autonomía reconocida por el ordenamiento jurídico a los individuos para la toma de decisiones en salud, con mención a una plausible y reciente sentencia, para finalizar con las conclusiones de este breve ensayo.

I. La Bioética como disciplina auxiliar al servicio de justicia

No seré original al iniciar estas líneas comentando sobre el exponencial crecimiento de la medicina y ciencias conexas, la farmacología y la biotecnología de las últimas décadas, con la chance de curación de enfermedades que antes se creían incurables, el surgimiento de modernísima aparatología médica, terapias e intervenciones

quirúrgicas cada vez más sofisticadas, el descubrimiento del mapa genético humano y las terapias de edición genética, la reproducción humana asistida, la investigación con seres humanos, etc.. Tampoco lo seré refiriendo a Mainetti¹ y sus reflexiones sobre el fenómeno de la medicalización de la vida, que denota la influencia de la medicina en casi todos los aspectos de la vida cotidiana (2000:5), potenciada por la increíble inversión en campañas publicitarias por parte del complejo médico industrial.

En lo que me interesa poner el foco es en cómo lo apuntado repercute en la actividad judicial, con análisis -actual y prospectivo- del rol de la Bioética en dicho cuadro de situación.

Es que la necesidad del servicio de justicia de acudir a campos de saberes auxiliares, ajenos al ámbito de conocimiento de los jueces, a través de especialistas de distintas ramas científicas y disciplinas, con el objeto de llegar a una justa y acabada composición de los litigios, se ha vuelto incuestio-

nable. Más aún en aquellos conflictos en los que se debaten cuestiones relacionadas a las ciencias de la vida y las técnicas aplicadas a la salud humana.

El objeto de los reclamos judicializados relativos al derecho a la salud es variado: juicios de mala praxis médica, solicitudes de interrupción de embarazo², manifestaciones de voluntad al final de la vida, decisiones sobre la disposición de embriones crioconservados³, la pretensión de tratamientos no previstos en la reglamentación vigente⁴, o en estadio experimental⁵, o con médicos fuera de cartilla de la obra social⁶, etc. considerando la distribución de los recursos (siempre escasos) de salud⁷, entre otros.

Ejemplificando una hipótesis de entre tantas para graficar el camino que se recorre hasta llegar a la respuesta judicial, tomemos el caso en que se demanda una "x" prestación de salud por autosatisfactiva, o una medida cautelar en proceso de amparo. Pues bien, ante la lógica carencia de conocimiento técnico-científico sobre

la seguridad, eficacia o seguridad de una determinada práctica de salud solicitada, el magistrado se vale para decidir, por un lado, de la prescripción médica del profesional tratante –quien puede encontrarse afectado por un conflicto de intereses⁸-, y, por otro lado, de las argumentaciones de la parte accionada, que suele respaldarse en lo argumentado para el rechazo de la práctica por el área de auditoría del agente de salud de que se trate, o por la cartera sanitaria, y que con suerte, se alcanza a confeccionar en el marco del acotado proceso urgente. No siempre resultará ajustada a derecho la decisión judicial, sea que haga lugar o desestime la pretensión.

El creciente espacio que los registros de jurisprudencia dedican a temáticas como las citadas, con situaciones cada vez más intrincadas y conflictivas, ha multiplicado aquella necesidad, fenómeno que se avizora in crescendo: piénsese a futuro en la profundización del desarrollo biotecnológico, la posibilidad de edición genética, los medi-

camentos biológicos, la emergencia de nociones tales como “inteligencia artificial”, “transhumanismo”, la eugenesia o el “human enhancemet”, la problemática de los datos a gran escala (Big Data), la nanotecnología, etc., junto a las implicancias éticas que despiertan, son cuestiones que exigen ser examinadas con suma prudencia.

En ese contexto, no sorprende que se empiece a instalar la idea de un Bioderecho⁹, y que cobren paulatinamente más fuerza las opiniones que promueven la interdisciplinariedad¹⁰ o transdisciplinariedad¹¹ para asistir a la judicatura en la interpretación y aplicación de la norma jurídica.

Pues bien, siguiendo esa línea de razonamiento, no somos pocos los que confiamos en que la Bioética puede hacer grandes aportes al servicio de justicia, acompañando al magistrado en la búsqueda de argumentos éticos convincentes que permitan dirimir con equidad demandas en cuyo objeto se ve comprometido el ejercicio del multidimensional derecho a la salud.

Paso seguidamente a explicar el porqué de tal afirmación, partiendo de efectuar algunas acotadas referencias históricas y conceptuales de este novel saber.

Aún lamentando dejar de lado mayores precisiones, antecedentes históricos y normativos que se suelen apuntar de la Bioética –por cuestiones que exceden las posibilidad de extensión del presente trabajo-, sí diré que aunque etimológicamente deriva de los vocablos griegos bios y ethike (vida y ética), la tarea de la delimitación de sus contornos disciplinares no es tan sencilla como reducirlo a una ética de la vida, siendo menester precisar qué conductas del ser humano constituyen el objeto de esta forma de reflexión ética. También diré–con cita jurisprudencial– que esta disciplina estudia “los problemas derivados de la evolución de las ciencias de la vida, teniendo en consideración la prioridad de la ética sobre la técnica, del primado de la persona sobre las cosas, de la superioridad del espíritu sobre la materia”¹². A ello sumo que la Bioética reconoce un origen

reaccionario frente al avasallamiento de la dignidad y los derechos humanos en pos del avance de la ciencia¹³, planteándose como una nueva forma de cuestionamiento ético y de toma de decisiones en el campo de la salud, fundada en la revalorización de la persona humana y empleando un abordaje y una metodología novedosos.

Esta nueva ética aplicada interpela moralmente el modo de relacionarse el ser humano con los demás y con otras formas de vida, poniendo una mirada crítica en las innovaciones en las ciencias de la salud, el complejo médico industrial, las novedades biotecnológicas, y sus repercusiones – reales o potenciales, directas e indirectas- sobre la calidad de vida, el ambiente y la biodiversidad del planeta. Al decir de Hoofst¹⁴, se procura saber si todo lo técnicamente posible resulta también éticamente aceptable para, a partir de allí, orientar la búsqueda con criterios de solución (1999:6).

Se presenta así la Bioética como una salida para afrontar los desafíos de

la ciencia, en un mundo que cada vez más necesita de la reflexión y la deliberación contextualizada, pluralista, multicultural y operativa¹⁵, siendo de su esencia cuestionar la rectitud o corrección moral de las prácticas del obrar humano que afectan la salud y la calidad de vida, propia y ajena¹⁶.

En este punto, señalo que existen distintos modelos de Bioética: el más difundido, conocido como clásico o tradicional, es el que se desprende del denominado Informe Belmont¹⁷ y que se sustenta en la aplicación de los difundidos tres – luego cuatro- principios: respeto por las personas (reducido en cierta medida al concepto de autonomía), beneficencia, justicia y no maleficencia.

Otro modelo es el de la Bioética basada en los Derechos Humanos, cuyo impulso decisivo le imprimiría en la primera década de este siglo la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH) de la UNESCO de 2005^{18 19}. Apoyado en el principio ético básico de la dignidad de las personas, tiene un gran peso en América Latina

y el Caribe, al ser considerado por muchos bioeticistas como más compatible que aquél dado los problemas que se hacen visibles en la realidad social de nuestra región: la pobreza estructural, el analfabetismo, la malnutrición, la inequitativa distribución de recursos, la desigualdad en torno a la accesibilidad de prestaciones sanitarias, entre otros. Es que no sólo reformula los principios de la Bioética clásica, sino que incorpora unos nuevos, tales como el Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal (art. 8), el de Igualdad, justicia y equidad (art. 10), el de Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo (art. 12), y el de Responsabilidad social y salud (art. 14), por citar algunos.

Dicho lo anterior, puede el lector deducir que la colaboración de la Bioética a la tarea de administrar justicia no se identifica con la que pueden brindar las éticas deontológicas de las ciencias médicas y auxiliares, ni con las normas que informan el derecho “a” la salud, o –como postula Ciuro Caldani en su filosofía trialista²⁰- el derecho “de” la

salud, ni siquiera con las modernas ideas que bregan por la autonomía del ya nombrado Bioderecho, que difieren de aquélla en sus objetivos, sus características propias y su metodología.

Cierro esta introducción remarcando que la principal fortaleza de la Bioética reside, pues, en su esencial interdisciplinariedad, que se refleja no en la opinión de un "experto" dedicado en exclusiva a las cuestiones morales (María Teresa López de la Vieja, 2002:169)²¹, sino en en la composición de sus órganos naturales -los comités o comisiones bioéticos²²- en los que se dialoga y delibera sobre principios y valores morales involucrados en casos y problemas bioéticos, procurando encontrar puntos de consenso que faciliten la toma de decisión en concreto, y eso se lleva a cabo colaborativamente entre las distintas disciplinas representadas en su composición (filosofía, derecho, medicina, psicología, economía, trabajo social, antropología, teología, trabajadores de la salud, etc.), considerándose asimismo valiosa la participación en ellos de miembros legos de la sociedad.

II. Breve referencia al impacto bioético del Código Civil y Comercial de la Nación

Teniendo en cuenta que gran parte de los actos de la vida de las personas son alcanzados por el Código Civil y Comercial de la Nación, pongo de relieve la gravitación que tuvo la Bioética en la elaboración del proyecto del digesto, y la potencialidad de que goza para colaborar con la justicia en la tarea de interpretar y aplicar sus normas.

Dado, en parte, por los fenómenos señalados supra, es innegable que la vida cotidiana de los argentinos y el contexto social han cambiado desde la redacción originaria del Código Civil de Vélez Sarsfield allá pasada la primera mitad del siglo XIX, lo que reveló la necesidad y conveniencia de adecuar sus disposiciones a fin de que respondan a las vicisitudes actuales de nuestra sociedad.

Si bien para ello existieron muchos intentos de reforma del añejo Código Civil, el que finalmente se convirtió en ley

fue el proyecto elaborado por una comisión designada a tales efectos, entre cuyos integrantes se señalan juristas de la talla de Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci.

En lo que aquí interesa, el Código Civil y Comercial de la Nación (Anexo I - Ley N° 26.994, en adel. CCyCN), vigente desde el 1° de agosto de 2015, responde al proceso de constitucionalización del derecho privado -tal como lo demuestra la redacción de sus arts. 1 y 2, entre otros-, y muchas de sus disposiciones visibilizan temas pasibles de ser abordados por la Bioética, fundamentalmente por el modelo basado en los Derechos Humanos. Entre ellos menciono: la tutela de la inviolabilidad del ser humano y a la consagración de su dignidad principiando el capítulo de los "Derechos y actos personalísimos", comprendiéndose entre ellos: los actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56, el que debe también interpretarse junto con el art. 17), la prohibición de alteraciones genéticas en la línea germinal (art. 57),

la investigación con seres humanos (art. 58), el consentimiento informado (art. 59), la denominada “muerte digna” (art. 59 incs. g y h), las directivas anticipadas (art. 60); por otro lado, el comienzo de existencia de la persona humana (art. 19), la consideración de las técnicas de reproducción humana asistida y sus consecuencias en los tipos de vínculos filiatorios (art. 558 y ccdtes.), el fin de la existencia de las personas físicas (arts. 93 y 94), etc.

Es imposible pensar que ideas revalorizadas o forjadas desde la Bioética no hayan influido en los elaboradores del proyecto, lo que aparece nítido al menos en el nuevo régimen de capacidad jurídica, con la adopción del criterio de autonomía progresiva para la toma de decisiones médicas. Efectivamente, previo a la presentación parlamentaria del proyecto, estas ideas fueron puestas a consideración, entre otros, de una Comisión de expertos en Bioética, formada por los Drs. Sandra Wierzba, Salvador D. Bergel, Lily Flah y Eleonora Lamm²³.

III.- Influencia bioética en la jurisprudencia, a propósito de la autonomía para la toma de decisiones en salud

No obstante a que la apelación a este saber como disciplina auxiliar para motivar las sentencias es aún tímido, sí existe una creciente preocupación en el plano de la jurisprudencia por los problemas bioéticos²⁴. Ello se justifica por los desafíos que representan el desarrollo de las ciencias de la vida y la salud, la medicina y tecnologías conexas, y una irrefutable toma de mayor conciencia sobre el respeto a la persona para tomar decisiones en salud, como es el caso de la decisión judicial que más adelante cito.

Retomando la idea sobre que uno de los campos en donde más se ha marcado la incidencia bioética en el CCyCN es en el abordaje del ejercicio de la autonomía -no ya en términos generales como los propuestos por la filosofía kantiana, sino enfocado específicamente en la toma de decisiones de la persona concernientes a su

salud-, apunto que, en su formulación como principio, es nodal en cualquier formulación teórica de la Bioética.

La autonomía, en su íntima vinculación con las ciencias de la salud, y con fuente en antecedentes jurisprudenciales, se perfiló dogmáticamente de la mano de la Bioética a mediados de la década del '70 en los EE.UU., sustentada en la consideración de la persona como agente moral, como sujeto apto, capaz de adoptar libre y soberanamente aquellas decisiones relativas a su vida y a su salud.

Así, el principio de autonomía, también llamado como de respeto a la persona o de autodeterminación, tiene una clara recepción y práctica delimitación en nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 2º inc. e) de la Ley de Derechos del Paciente (Ley N° 26.529) definiendo que involucra el derecho que tiene el paciente “...a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su

manifestación de voluntad”. Como se sabe, en la práctica se materializa a través del consentimiento informado, tema por demás interesante que excede la finalidad del presente trabajo.

En nuestro país un gran paso para el reconocimiento de la autonomía en relación a la salud lo dio el paradigmático caso “Bahamondez”²⁵, en cuya oportunidad la Corte Nacional se expidió, sin hacerlo en términos bioéticos, dando prevalencia a la dignidad humana, al señorío de la persona sobre su vida y su propio cuerpo, amparando judicialmente el rechazo a tratamientos médicos justificado en convicciones religiosas. Obligatoria mención merecen otros precedentes de nuestro Máximo Tribunal, como “Albarracini Nieves”²⁶ y en “Diez”²⁷.

Ahora bien, la cuestión relativa a partir de cuándo y bajo qué condiciones se considera que la persona tiene aptitud para tomar decisiones en lo que concierne a eso tan inescindible a la condición humana como es la salud y la disposición del propio cuerpo, tie-

ne vinculación directa con la capacidad jurídica y con el preciso análisis en orden a la tutela de los derechos personalísimos y humanos comprometidos en cada supuesto.

El caso es que, en términos generales, la capacidad como categoría jurídica alude a la aptitud que se tiene para ser titular de derechos y obligaciones, a secas. Tradicionalmente, como observan Beauchamp y Childress²⁸, ello se debe a que se piensa en proteger la propiedad más que a las personas, por lo que (las normas que regulan la capacidad jurídica) no son demasiado adecuadas para la toma de decisiones en medicina (1999). En efecto, se trata de un concepto que históricamente ha entrañado cierta rigidez, pues en su gran mayoría los ordenamientos jurídicos han establecido un parámetro objetivo como es el paso del tiempo -la edad-, por el cual la persona deja de ver su capacidad anulada o limitada y pasa a gozar de capacidad plena adquiriendo la mayoría de edad, contemplándose al mismo tiempo una serie de situa-

ciones en las que, pese a ello, en tutela de la misma persona, se le restringe de manera total o parcial.

Sin embargo, con la evolución en el pensamiento iusfilosófico y bioético, se fue poniendo en tela de juicio tal solución legal al advertirse que en muchas ocasiones personas consideradas inaptas desde ese pétreo punto de vista, reunían sin embargo condiciones para comprender y decidir de manera genuina y autónoma en lo vinculado al cuidado del cuerpo y la salud. La solución legal fue paulatinamente percibida como violatoria de la doctrina de los derechos humanos, lo que volvió necesaria su revisión.

A tal conclusión no se llegó de un día para el otro, sino que fue el resultado de un largo proceso, en el que se incluyen la polémica previa y la decisión finalmente adoptada en 1985 por el máximo tribunal judicial del Reino Unido en el caso “Guillick”²⁹, fuente de la regla que lleva su nombre, y que contribuyó a la noción bioética de “competencia”.

En puridad, el término competencia alude a la “aptitud” –término que es de preferencia de cierta doctrina³⁰– reconocida a la persona para la toma de decisiones exclusivamente en materia de salud, dependiente de su nivel de habilidades (tanto para recibir la información que se le brinda, para comprenderla, efectuar un juicio de valor sobre riesgos y beneficios y, finalmente, tomar una decisión que, fundada y razonable, compatibilice con sus deseos y valores personales).

Bajo la denominación “competencia”, dice Kemelmajer de Carlucci³¹, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar (2001: 255), lo cual resulta netamente subjetivo y, por tanto, de mucha flexibilidad pues dependerá de cada persona concreta.

La intención de estas líneas no es analizar el nuevo régimen de capacidad

estatuado por el CCyCN³², sino poner de relieve que las ideas de competencia bioética de la persona para tomar decisiones sobre su cuerpo y salud tuvieron un gravitante peso en la comisión redactora del entonces proyecto.

Especialmente, la adopción del criterio de obtención progresiva de autonomía de los menores de edad, en función de su edad y su madurez, claramente expuesto en el art. 26 CCyCN, justificado en el gran abanico de actos relativos al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes, interpelado de manera constante por la noción de dinamismo, ínsita en toda cuestión bioética, que obligó a la legislación civil y comercial a adoptar un criterio flexible, para lo cual se debió apelar a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, como tratamientos “invasivos” y “no invasivos” o que “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física³³ (Kemelmajer de Carlucci et. al, 2015).

Gran parte de lo expuesto sobre el singular influjo de la bioética se evidencia en un reciente caso resuelto en una

pequeña localidad de la provincia de Salta, el que me permito traer a colación por su contundencia³⁴. Se trató de la presentación efectuada por el Ministerio Pupilar buscando el acceso a recibir la información médica adecuada para otorgar o no su consentimiento informado y para garantizar los derechos a la salud y a la vida de un niño de 8 años, ante la negativa de los padres, ambos wichís, al tratamiento sugerido por el equipo médico que trata al pequeño con diagnóstico de malformación arteriovenosa culpable de sus hemorragias cerebrales. El relato habido en la sentencia demuestra el humanismo con que la magistrada interviniente abordó el caso, tan necesario en estos supuestos de extrema sensibilidad y vulnerabilidad: se interiorizó de los pormenores del cuadro clínico y de las alternativas terapéuticas, examinó las opiniones médicas para un adecuada ponderación de la balanza riesgos/beneficios y tomó contacto directo con el equipo médico, el niño y sus progenitores, tras lo cual éstos –los tres, claro– mantuvieron su postura negándose al tratamiento.

Esta decisión judicial –si bien de baja instancia– representa un pequeño gran paso en la difusión de la disciplina, pues cita puntualmente la referida Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, y analiza, problematiza y resuelve en derecho, con perspectiva claramente bioética, especialmente a partir del estudio que efectúa de la problemática del consentimiento informado en casos de menores de edad, de la mano de la protección a la identidad cultural de la familia, como perteneciente a una comunidad aborígen.

La sentencia menciona que “resulta muy difícil en la sociedad actual, desde nuestra visión, convalidar y respetar las creencias y formas de vida del otro, del distinto”, al caso, “su propia cosmovisión, su propia mirada sobre la patología del niño” que tiene la familia. Refiere: “Hoy L. V. va a la escuela, habla perfectamente, juega con sus amigos. Conoce el diagnóstico, conoce las secuelas, pero prefiere, él y su familia, no operarse. No es una decisión fácil respetar dicha

voluntad, pero es la que resulta más respetuosa de su dignidad, del derecho a decidir, frente a las graves consecuencias que podría aparejar la intervención quirúrgica”.

Finalmente, resuelve respetar la voluntad del niño y sus progenitores, “toda vez que el tratamiento que se prescribe como el no sometimiento a la intervención tienen posibles consecuencias similares de extrema gravedad”. Además, dispone que en forma bimestral, se evalúe la evolución de la patología del niño, renovándose en cada control el consentimiento del niño y sus progenitores, pues “es esencial que cuenten con el diagnóstico actualizado para poder decidir, y que si cambian de opinión, puedan acceder a los tratamientos disponibles”.

Pidiendo se me excuse por cierto grado de romanticismo, admito sentirme movilizada por la carta dirigida al niño que se acompaña al decisorio, en la que la jueza le explica, en lenguaje simple, la decisión adoptada.

IV. Conclusiones

Como se expuso, el avance de las ciencias de la vida y de la salud presagia una tendencia creciente de demandas relativas al derecho a la salud.

Si bien la alta judicialización existente hoy día en materia de salud puede estar motivada a una simplificación por la jurisprudencia de la complejidad del sistema de salud argentino³⁵, también es cierto que muchas veces los magistrados se encuentran en la soledad de sus despachos, en reiteradas ocasiones con plazos brevísimos corriendo, para definir cuestiones sumamente sensibles que los excede, tanto en su calidad de profesionales del derecho como en el ámbito emocional.

He intentado presentar a la Bioética como un saber que, aunque aún tiene mucho que decir acerca de sí mismo³⁶, es pasible de contribuir a la labor de los jueces en la problematización sobre los hechos y los derechos, valores y principios morales involucrados en el caso a decidir, a fin de lograr senten-

cias que respeten ante todo la dignidad y los derechos humanos, en el marco del más alto nivel posible de salud comprometido constitucionalmente³⁷.

A su vez, de la Bioética destacué su carácter interdisciplinario, y procuré demostrar el valor de la interdisciplina en tanto atiende al sentido nuclear de la persona mediante la indagación profunda de su realidad y de sus interacciones exigiendo del juez soluciones que se adapten a las circunstancias de cada caso, a la realidad de la cuestión a resolver³⁸.

La mentada cuestión relativa a la judicialización de los reclamos de salud es un problema suficientemente abordado por doctrina especializada, y de muy difícil solución. Mas, como una alternativa que se ha propuesto para ello³⁹, figura la creación de Comités de Ética o de Bioética que dependan exclusivamente del Poder Judicial, y lo asesore también en exclusiva. Tal la experiencia existente desde hace tiempo ya en la Provincia de Córdoba en la que, por Acuerdo Re-

glamento N° 793 del 7 de noviembre de 2005, fue creado un Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médico Sanitarias y Bioética dentro del ámbito del Poder Judicial local, al cual le asigna funciones consultivas frente a requerimientos de cualquier tribunal y de todos los fueros, con "... particular énfasis ... en las generadas por la ampliación de las fronteras entre la vida y la muerte por el desarrollo tecno-científico (verbigracia trasplantes de órganos, distanasia, eutanasia, ortotanasia, reproducción humana, competencia de las personas para decisiones sobre derechos personalísimos, entre otros)" (art. 11)⁴⁰.

Para culminar, diré que aunque resultan elogiables las iniciativas de capacitación y formación de los integrantes del Poder Judicial en Bioética, la principal bandera de la disciplina reside en el concierto que supone la interdisciplinariedad. Es por ello que entiendo que la soluciones como la propuesta por la Justicia cordobesa merecen ser consideradas seriamente, pues tal vez sea

la forma más manifiesta en que la Bioética pueda auxiliar a los jueces a dirimir las complejas y delicadas demandas en las que se ve comprometido el derecho a la salud, en todas sus dimensiones. ■

CITAS

¹ MAINETTI, J.A. *La medicalización de la vida y del lenguaje*. En Revista Nordeste 2da. Época N° 12.2000. Disponible en: <https://revistas.unne.edu.ar/index.php/nor/article/view/2988>. Este fenómeno había ya sido estudiado, entre otros, por el filósofo Michael Foucault en la década del '70, en Revista Educación médica y salud, Vol. 11, No. 1. OPS. 1977. Disponible en: <https://iris.paho.org>.

² Vgr.: Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 23/03/21, in re "Catalano, Ma. Belén". Fuente Propia; 218/21.

³ Vgr.: Juzgado 85, Sala G, Buenos Aires, abril de 2021, "R. G. A. y otro s/ autorización". Disponible en: <https://www.diariojudicial.com/nota/89089>.

⁴ Vgr.: Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III, Rosario, “B., P.” 08/05/2015. En el caso se había reclamado la droga oncológica Trastuzumab Emtansina.

⁵ Vgr.: CS, 08/04/21. “B., M.A. y Otros c/ OSDE s/ Amparo Ley 16.986”; Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III, Santa Fe. 06/05/21. “B., V. V. c/ IAPOS y Otros s/ Amparo”. Fuente Propia; 406/21.

⁶ Vgr.: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 10 de La Plata, Pcia de Buenos Aires, “XX c/ PRIMED S.A. s/ Cobro Sumario sumas dinero”, Expte. N° 73097/2017. Publicado el 08/06/21 en <https://www.diariojudicial.com/nota/89424>.

⁷ Esta temática en que se involucra el principio de justicia ha ocupado a intelectuales de distintas ramas en sendas discusiones y en todo sentido, siendo ricas las operadas en el campo de la filosofía, la filosofía jurídica y de la bioética. Así, autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Nozick, Tom Beauchamp, James Childress, Tristram Engelhardt, Amartya Sen, etc. y, en nuestra habla, Adela Cortina, José Alberto Mainetti, Susana Vidal, Luis Justo, Ma. Luisa Pfeiffer, Gustavo Ortíz Millán, etc...

⁸ Se considera que “Un conflicto de intereses se produce en aquellas circunstancias en que el juicio profesional sobre un interés primario, como la seguridad de los pacientes, la validez de una investigación, la prescripción de un tratamiento o la decisión de un acto médico puede estar influenciado en exceso por otro interés secundario, sea éste un beneficio económico financiero, profesional o de prestigio y promoción personal”, vgr., honorarios o beneficios personales o colectivos, ayudas económicas, etc. Disposición 10874-E/2017. ANMAT. Disponible en [Conflicto_de_intereses_raem.pdf \(www.anmat.gov.ar\)](http://www.anmat.gov.ar).

⁹ Recomiendo sobre este tema el trabajo de ERICK VALDÉS titulado *¿Qué es el bioderecho?* Propuesta metodológica y doctrinaria para resolver problemas jurídicos de última generación. En Aizenberg, M., Estudios acerca del Derecho a la Salud. CABA, Edit. La Ley – Facultad de Derecho UBA. 2017. P. 101-153.

¹⁰ VILLAYERDE, MARÍA SILVIA. *Los equipos técnicos de los Tribunales de Familia de la Provincia de Buenos Aires*. Disponible en: <https://villaverde.com.ar/publicaciones/>. Captura del 22/07/2021.

¹¹ Vgr., en la edición XXVIII de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a realizarse en Mendoza en 2022, se ha incorporado a instancias de la Presidenta Honoraria, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, una Comisión de Transdisciplina.

¹² Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Sala 04, 17/03/05, in re “B. S. A. s/ MANDAMUS”. Id SAIJ: SUF0024364. Publicado en <http://www.saij.gob.ar>.

¹³ En efecto, los orígenes de la bioética estuvieron vinculados a la problemática de la investigación con seres humanos, como discurso social frente a una serie de experimentaciones reñidas con toda ética llevadas adelante con prisioneros de los campos de concentración en la Alemania del régimen nacionalsocialista previas al fin de la II Guerra Mundial, y que dieron lugar, tras la realización de los famosos juicios, al Código de Núremberg (1947), primer instrumento internacional con pautas éticas sobre la investigación con seres humanos. Pese al mismo, pero también pese a la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) y la Declaración de Helsinki (AMM, 1964), ensayos no éticos fueron

igulamente llevados adelante, muchos de ellos en los EE.UU.. El más paradigmático de ellos fue el “Tuskegee Study of Untreated Syphilis” en el condado de Macon, Alabama, no sólo de falta total de ética sino también de absoluto cinismo científico.

¹⁴ HOOFT, P.F. *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*. Edit. Lapalma. Buenos Aires. 1999.

¹⁵ ALVINZY VELÁZQUEZ FANDIÑO, A. *La Bioética un desafío para la política, la ontología y la ética: una mirada desde la praxis de los Comités de Bioética*. En Revista Colombiana de Bioética. Universidad El Bosque. Vol. 8 No 2 • Julio-Diciembre de 2013. p. 201.

¹⁶ CAPUTTO, M.C. y TROMBERT, A.R. *Bioética y Biotecnología*. En “Introducción a la Biotecnología” (título tentativo), Colección Cátedra de Ediciones UNL. En etapa de edición.

¹⁷ Elaborado a instancias del Congreso de los EE.UU. por la conformada National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research (1978).

¹⁸ Disponible en: <http://portal.unesco.org/es>.

¹⁹ TAU, J. M. *Bioética en la legislación argentina*. Disponible en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/bioetica-en-la-legislacion-argentina>

²⁰ CIURO CALDANI, M.A. *Filosofía Trialista del Derecho de la Salud*. En *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Facultad de Derecho, UNR. N° 28, 2004/2005.

²¹ LÓPEZ DE LA VIEJA, MARÍA T. (2002). *Expertos en Bioética*. Isegoría 27, 167-180.

²² Los comités o comisiones de bioética responden a distintos criterios de clasificación, siendo el más relevante el relativo a la función que cumple, discriminándose entre Comité de Ética (o Bioética) Hospitalario, y el Comité de Ética de la Investigación.

²³ El impacto bioético en el nuevo régimen de capacidad jurídica es analizado, por cuestiones metodológicas, en el siguiente apartado.

²⁴ HOOFT, ob. cit. p. 23. Muestra de ello fue el Curso de actualización del Código Civil y Comercial de la Nación organizado por el

Centro de Capacitación Judicial de la Provincia de Santa Fe, la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS.) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a través de la Dirección Nacional del Sistema Argentino e Información Jurídica (INFOJUS) en 2015, en el temario desarrollado por la Comisión 2.

²⁵ CS, 06/04/93, “Bahamondez, Marcelo s/ Medida Cautelar”. Fallos 316:479.

²⁶ CS, 01/06/12, “Albarracini Nieves, Jorge. Washington s/ Medidas precautorias”. Fallos: 335:799.

²⁷ CS, 07/07/15, “D., M.A.”. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-16952-La-Corte-Suprema-reconoci--el-derecho-de-todo-paciente-a-decidir-su-muerte-digna.html>

²⁸ BEAUCHAMP, TOM L.; CHILDRESS, JAMES F. *Principios de Ética Biomédica*. Versión española de la cuarta edición de la obra original en lengua inglesa Principles of Biomedical Ethics de dichos autores, publicada por Oxford University Press Inc. de Nueva York.

Edit. Masson. Barcelona. 1999.

²⁹ House of Lords, 17/10/85, “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another”. Se trató de un caso iniciado a raíz de una circular emitida por el servicio público de salud que indica a los médicos dar información y proveer de métodos contraceptivos a menores a los 16 años, sin necesidad de que los padres tengan conocimiento o intervengan en la consulta. Disconforme con dicha medida, una joven madre de diez hijos, de entre ellos cinco niñas menores a los dieciséis años, devota católica, interpuso una demanda alegando su ilegalidad.

³⁰ WIERZBA, S. *Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Sección Doctrina*. Revista Derecho Privado, Año I Nro. 2, Ediciones Infojus. Id SAIJ: DACF120179. Disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120179-wierzba-adolescentes_las_decisiones_sobre.htm

³¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *El derecho del menor a su propio cuerpo, en La persona humana*, Guillermo Borda, director, Buenos

Aires, Edit. La Ley, 2001.

³² Aunque sí valoro su coherencia con los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley N° 26.378), la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, y específicamente el criterio de obtención progresiva de autonomía respeta los postulados de la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por Ley N° 23.849), la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, entre otras.

³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E.; FERNÁNDEZ, SILVIA E. *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. 18 de Agosto de 2015. www.infojus.gov.ar. Id SAIJ: DACF150461

³⁴ Juzg. Familia San Ramón de la Nueva Orán, Salta, 29/04721, “V., E.; G, I.; V., B. P. S. – Medida autosatisfactiva de acceso a la información y al consentimiento informado” Expte. N° 17058/21. Publicado en <https://www.dia-riojudicial.com/nota/89145>

³⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Los recursos*

limitados y el “amparo” como instrumento de acceso a la salud. Comunicación a la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. 3/7/2020.

³⁶ CHARTIER, M.E. y TROMBERT, A.R. *Intersecciones bio-éticas: entre saber y discurso*. En Revista Binacional Brasil Argentina (RBBA), V. 2 n° 1, p. 35 a 50. Julio/2013. ISSN 23161205.

³⁷ Art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 14 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos.

³⁸ VILLAVERDE, ob. cit.

³⁹ Me refiero a lo expuesto en Marrama, S. E. *Comités Interdisciplinarios de Bioética para el Poder Judicial*. El Derecho. 2019, 282. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11255>

⁴⁰ Entre otros puntos, se podría cuestionar la ausencia de interdisciplinariedad en su composición – tres profesionales de la salud de reconocida solvencia profesional y técnica, y su rol en materia pericial.

Implicancias del principio de la autonomía personal en la relación médico-paciente.

Dra. María Romina **Kilgelmann**

*Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 10ª Nominación de Santa Fe*



myf

205

“El único fin por el cual la humanidad está habilitada, individual o colectivamente, para interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la autoprotección. El único propósito para ejercer el poder legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir daños a otros”

JOHN STUART MILL

Introducción

Este artículo pretende ser un breve aporte sobre algunos aspectos de la relación médico-paciente y su vinculación con el principio bioético de la autonomía personal. Consentimiento informado, telemedicina, directivas médicas anticipadas y vacunación contra la enfermedad Covid-19, serán analizadas desde la perspectiva de su influencia en los derechos personalísimos del paciente, en los cuales el respeto de la autonomía personal es la base del reconocimiento de la dignidad personal.

1. Cuestiones preliminares

El término “bioética” fue utilizado por primera vez en el año 1970 por Van Renselaer Potter como respuesta al peligro que corría la supervivencia de todo el ecosistema como resultado de la ruptura de dos ámbitos, el del saber científico y las humanidades, buscando así armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos junto con valores y principios éticos. En el año 1971, Potter publicó un libro titulado: “Bioética: Puente hacia el futuro” (“Bioethics: Bridge to the future”). En dicha obra, sostuvo que ese puente construido por la nueva disciplina debía permitir el paso hacia una mejor calidad de vida. El objetivo fundamental era crear una conexión a dos mundos diferenciados: el de las ciencias y el de las humanidades, intentando garantizar con esta fusión la supervivencia de la especie humana frente a los nuevos desafíos científicos y tecnológicos que se aproximaban.

El modelo de bioética conocida como principialista, como su nombre lo

indica, se basa en la formulación de principios. El Informe Belmont¹ definió tres principios que han de presidir cualquier intervención investigadora en la que participen seres humanos: Beneficencia, respeto a la autonomía de las personas y justicia. Posteriormente, la obra de Beauchamp y Childress² introdujo un cuarto principio: el de no maleficencia.

Veamos el concepto de cada uno de ellos: 1. El principio de respeto a la autonomía de las personas se refiere al derecho de los sujetos con relación a la toma de decisiones respecto a intervenciones sobre su cuerpo y su salud en base a sus valores y creencias personales. 2. El principio de beneficencia se vincula a la búsqueda del mayor beneficio para el paciente, lo que por un lado presenta la problemática de definir “que es lo bueno” y por otro lado su relación con el siguiente principio de no maleficencia, por lo que en cualquier intervención sanitaria se debe valorar el equilibrio entre el beneficio y el riesgo. 3. No maleficencia, se formula en términos negativos como la

prohibición de producir daño a otros. 4. El principio de justicia que parte de la base de entender que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos de lo que se deriva que en cada intervención sanitaria deba tenerse en claro que ante situaciones iguales debe actuarse de forma similar, y en forma diferente ante situaciones distintas, como así también se relaciona con la distribución de los recursos disponibles y el reconocimiento de la salud como derecho humano fundamental³.

Con acierto se ha señalado que los principios bioéticos operan en la práctica como si fueran propiamente principios generales del derecho. "Frente a determinados conflictos aquellos relacionados en particular con los derechos personalísimos relativos a la salud y a la vida humana operan de modo similar como fuentes del derecho y como elementos de interpretación. Y cumplen asimismo, en estos casos, otra de las funciones propias de los principios generales del derecho, cual es la de "tamizar" las soluciones a las que preliminarmente se arriba para

determinar la justicia de la respuesta que se le dé a cada caso concreto, generando la seguridad en el acto de hacer justicia (por encontrar que se respetan los principios bioéticos) o la revisión de aquélla pensada como primera respuesta para adecuarla a estos principios buscando otra que los respete"⁴.

Salas Cardona, por su parte, reflexiona acerca de cómo las decisiones judiciales pueden enriquecerse con el aporte de la bioética por cuanto señala –entre otras razones– que tanto la sentencia judicial como la bioética están guiados por el mismo ideal de búsqueda de una decisión justa que tenga vocación de universalización y que incorpore los intereses de todos los afectados⁵.

Como consecuencia de lo expuesto se ha destacado la conveniencia de que los jueces estén involucrados en la bioética para tener un juicio ponderativo de mayor relevancia a la hora de definir cuestiones, lo que ha dejado de ser una excentricidad o un criterio más; sino que deviene impuesto como una necesidad que deberían llevar a cabo, frente a cier-

tos tópicos jurídicos judiciales, debiendo cumplir con una práctica estándar de pertenencia de análisis bioético porque está en juego en alguna dimensión la dignidad humana⁶.

2. Principio de autonomía personal

Por el principio de autonomía personal se entiende la capacidad de los seres humanos de disponer de su propio cuerpo y de su salud y en base a la cual éstos pueden realizar elecciones razonadas y llevar a cabo acciones basadas en una valoración personal sobre las posibilidades futuras en virtud de sus propios sistemas de valores, creencias y preferencias.

La definición acerca de lo que significa la autonomía personal en relación a las decisiones relacionadas con la salud lo encontramos en el mencionado informe Belmont allí se sostuvo que "el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: la primera que los individuos deberían

ser tratados como entes autónomos y la segunda que las personas cuyas autonomía está disminuida deben ser objeto de protección.”

Partiendo de la certeza de que la autonomía personal y el desarrollo de la personalidad son parte integral de la libertad humana, el respeto de la dignidad humana requiere que cualquier ser humano sea reconocido incondicionalmente como individuo con autonomía personal, lo que requiere que pueda controlar su vida en sus propios términos y no se vea forzado a formas de vida que sean irreconciliables con sus ideas y valoraciones personales.

Este principio tiene su reconocimiento en el bloque de constitucionalidad conformado por nuestra Carta Magna⁷ y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los cuales nuestro país es signatario.

Para hablar de autonomía deben estar presentes tres recaudos: Una acción autónoma no debe ser forzada, es decir que el agente decide por sí mismo, la pose-

sión de opciones reales, y que posea toda la información relevante. La autonomía se ejerce en un sentido completo cuando se toman decisiones informadas⁸.

Ahora bien, debe aclararse que esa autonomía personal en el ámbito de las decisiones referidas al cuerpo y a la salud encontrará su límite en la medida que esas conductas no comprometan a terceros o afecten a la salud pública. Como señala Bidart Campos: “las normas -constitucionales o legales- que obligan a cuidar la salud, solamente serán normas de cumplimiento exigible si quien no cuida su salud proyecta su descuido en perjuicio de derechos ajenos. Cuando únicamente compromete su propia salud –y hasta su vida- hay que enfatizar que se compromete a sí mismo con una conducta sólo referida a él, en la que nadie puede ejercer válidamente compulsión, coacción, o cosa semejante. En ese supuesto, el deber de cuidar la salud propia es nada más que un deber ético pero no jurídico, y está exenta de la autoridad de los magistrados, según el artículo 19, como también de

la autoridad de los médicos, de los familiares y de cualquier otro sujeto.”⁹.

La Declaración Internacional sobre Bioética y Derechos Humanos (Unesco, 2005) respecto de la “autonomía y responsabilidad individual” en su art. 5 prevé: “La autonomía de las personas para tomar decisiones, mientras que asuman la responsabilidad por aquellas decisiones y respeten la autonomía de los otros, debe respetarse. Para las personas que no son capaces de ejercer su autonomía, deben adoptarse medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”.

3. Autonomía personal y la relación médico paciente

El reconocimiento a la autonomía de las personas en el ámbito de la atención sanitaria significó un cambio en el modo de entender la relación entre el médico y el paciente.

Así el tradicional modelo de paternalismo médico fue mutando hacia

el autonomismo del paciente que se caracteriza fundamentalmente por la libertad en la toma de decisiones referentes a su enfermedad.

El tratamiento médico ha dejado de ser un asunto decidido por el médico para convertirse en una relación de participación conjunta con los pacientes. De esta forma, cualquier decisión en relación con la selección del tratamiento debe ser del paciente, actuando el médico como su consejero.

Este cambio de paradigma en la relación médico – paciente se debe fundamentalmente al menos a tres factores: uno es la masificación de los grandes centros de salud donde se pierde la relación personal basada en la confianza entre el médico y el paciente. Otro factor está dado por la irrupción de los medios masivos de comunicación. Los pacientes comenzaron a concurrir a las consultas médicas disponiendo de una gran cantidad de información obtenida a través de la televisión, medios gráficos, Internet o redes sociales y asumiendo, a su vez, que estos conocimien-

tos podían ser confrontados con los del médico. De alguna manera, esta actitud desafiante de los pacientes –que ya no se muestran dispuestos a aceptar sin cuestionamientos las indicaciones que reciben– también ha redefinido el rol del médico. Por último otro factor es el cambio en el concepto de salud que pasó de ser la “ausencia de enfermedad” a una idea de bienestar físico, mental y social –tal como lo define la OMS– lo que conlleva a que nadie mejor que el propio paciente es quien puede definir en que consiste su propio bienestar.

Sin embargo debe resaltarse que en este nuevo modelo tampoco quedan las decisiones sometidas al arbitrio del paciente sino que implica un compromiso del médico con la integridad personal de aquel lo que a su vez supone llevar adelante todos los esfuerzos para lograr decisiones razonables compartidas.

4. Consentimiento informado

Una de las reglas que derivan del principio bioético de la autonomía es

el consentimiento informado en relación a los derechos de los pacientes y que implica considerar y respetarlo como agente racional y libre.

El consentimiento informado, se originó en el área de la relación médico-paciente, para contrarrestar los reclamos judiciales de los pacientes ante las negligencias médicas; sin embargo, el surgimiento de los derechos humanos y los derechos de los pacientes ha dado otra perspectiva a esta idea. Puede señalarse que el derecho del consentimiento informado ha sido la causa del cambio radical que se ha dado en la relación médico-paciente, de la relación paternalista tradicional a estar colocado en un pie de igualdad reconociendo al paciente ese derecho que implica recibir información apropiada acerca de la intervención, sus consecuencias y eventuales riesgos y también a participar en la toma de decisiones relativas a su salud, decisiones que deberán ser respetadas aunque contraríen la opinión médica.

El consentimiento informado en nuestro derecho había sido consagrado en

el artículo 5° de la ley 26.529 de derechos del paciente que luego modificara la ley 26.742 que incorporó la llamada “muerte digna”.

El Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015 incorporó en el artículo 59 la figura del consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud que implica la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información clara precisa y adecuada respecto a su estado de salud, procedimientos propuestos, beneficios esperados, riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, especificación de procedimientos alternativos, y consecuencias previsibles acerca de la no realización del tratamiento.

Por su parte el inciso g) incorporó a la normativa del Código la denominada “muerte digna” para el supuesto que el paciente sufra una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal, como derecho a rechazar procedimientos o decidir acerca del retiro de medidas

de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a las perspectivas de mejoría, o bien que produzcan sufrimiento desmesurado o tengan como único efecto la prolongación en el tiempo del estado terminal irreversible.

La Declaración internacional sobre Bioética y Derechos Humanos en lo atinente al “Consentimiento” en su artículo 6 prescribe: “a) Cualquier intervención médica preventiva, de diagnóstico y terapéutica sólo debe llevarse a cabo con el previo consentimiento libre e informado de la persona involucrada, basado en información adecuada. El consentimiento debería, donde apropiado, ser expreso y puede ser retirado por la persona interesada en cualquier momento y por cualquier razón sin desventaja o perjuicio....” Respecto de las “personas sin la capacidad para consentir” el art. 7 señala: “De acuerdo con el derecho interno, debe darse especial protección a las personas que no tienen capacidad para consentir: a) la autorización para la investigación y práctica médica debería obtenerse de

acuerdo con el mejor interés de la persona interesada y de acuerdo con el derecho interno. Sin embargo, la persona interesada debería estar involucrada con el mayor alcance posible en el proceso de toma de decisiones del consentimiento, así como en el retiro del consentimiento...”

5. Consentimiento informado y telemedicina

El avance de la tecnología vino acompañado del uso de los medios digitales para la atención sanitaria a través de reuniones virtuales por medio de distintas plataformas, en lo que se ha denominado la “telemedicina”, que ha venido a reemplazar en muchos casos el contacto personal entre el médico y el paciente y por tanto implica reformular procedimientos para llevar a cabo el consentimiento informado.

No puede dejar de destacarse los beneficios que esta clase de atención médica ha significado en el contexto de la pandemia originada por el Covid-19 en que

se vieron limitadas las posibilidades de contacto en forma presencial entre el médico y el paciente, no sólo por la imposibilidad misma de trasladarse de un lugar a otro debido a las restricciones impuestas por las autoridades en los períodos de aislamiento a los que se vio sometida la población a nivel mundial, sino también por los riesgos mismos de contagio que se presentan al asistir a la consulta médica en forma personal a los centros de salud. Por lo cual no puede desconocerse las bondades del sistema de atención digital.

Sin embargo las teleconsultas, conllevan algunos riesgos entre los que pueden destacarse el empobrecimiento de la comunicación y el lenguaje, la comprensión equivocada de las indicaciones médicas, omisiones de diagnóstico por ausencia de la clínica; dificultades probatorias acerca de lo informado por el paciente y lo diagnosticado y recomendado por el médico, entre otras¹⁰.

Acertadamente se ha señalado que a los fines de compatibilizar los benefi-

cios del avance tecnológico con el respeto de los derechos del paciente, fundamentalmente con su libertad de autodeterminación, se hace indispensable la existencia de una regulación en la legislación nacional que contemple aspectos básicos relacionados con la práctica de la telemedicina particularmente aquella vinculada con la relación médico paciente, el adecuado cumplimiento del deber de información y el resguardo de la confidencialidad¹¹.

6. Directivas médicas anticipadas

Relacionado también con el principio de autonomía de los pacientes (junto con los principios de beneficencia y no maleficencia) se encuentra el tema de las directivas médicas anticipadas. Las denominadas “living wills” o “testamentos vitales” son aquellos documentos o expresiones claras e inequívocas de voluntad de una persona respecto de situaciones de futuro, ya previsibles o simplemente hipotéticas, relacionadas con su propia salud. De modo particular se refiere a tipos de tratamiento o inter-

venciones médicas que cada persona considera compatibles – o no- con su derecho inalienable de vivir y morir con dignidad, decisiones que implican una prolongación del derecho personalísimo de señorío sobre su propio cuerpo¹².

Al igual que lo señalé al referirme al consentimiento informado las directivas médicas anticipadas se encontraban consagradas en la ley 26529 de derechos del paciente y su ampliación en la ley 26742 de muerte digna. Por su parte el artículo 60 del Código Civil y Comercial cuyo contenido resulta congruente con las previsiones de la mencionada ley faculta a toda persona plenamente capaz a “anticipar y conferir mandato respecto a su salud y en previsión de su propia incapacidad” previendo también la posibilidad de designar a persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Por otro lado establece que las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasias se tienen por no escritas. Y otorga la posibilidad al declarante de revocar su voluntad en todo momento.

A diferencia de la eutanasia, los testamentos vitales, no producen ni aceleran la muerte, simplemente la aceptan, y ante la irreversibilidad del cuadro permiten interrumpir tratamientos médicos caros, peligrosos, extraordinarios, desproporcionados y fútiles, dejando que “continúe en su curso natural el proceso final de la vida”¹³.

La importancia del instituto de las directivas médicas anticipadas es indudable sobre todo en la actualidad donde las prácticas médicas atravesadas por los avances tecnológicos y por las ideas de que la vida ante todo debe ser defendida – las directivas médicas anticipadas vienen a poner un límite al sometimiento al ser humano a tratamientos fútiles frente a determinados estados de salud, radicando su verdadera razón de ser más allá que en los principios de autonomía, beneficencia y no maleficencia en la misma “dignidad humana”.

Cabe traer a colación el caso “M.,A.D. s/ declaración de incapacidad”¹⁴ fallado por la Corte Suprema de Justicia de

la Nación. En este precedente el Máximo Tribunal garantizó que se respete la voluntad de una persona para que se suspendan las medidas que desde hace más de 20 años prolongaban artificialmente la vida del paciente.

La CSJN confirmó la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, que debió expedirse respecto de la situación del paciente M.,A.D. que, como consecuencia de un accidente automovilístico, se encontraba postrado desde el año 1995, con una grave secuela con desconexión entre ambos cerebros, destrucción del lóbulo frontal y severas lesiones en los lóbulos temporales y occipitales. Carecía de conciencia del medio que lo rodea, de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y no presentaba evidencia de actividad cognitiva residual. Dado su estado, necesita atención permanente para satisfacer sus necesidades básicas y era alimentado por una sonda conectada a su intestino delgado.

Para obtener una mayor certeza científica, la Corte Suprema ordenó al Cuerpo Médico Forense y al Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro la realización de nuevos estudios médicos al paciente para complementar y actualizar los que ya se habían realizado en la causa. Estos estudios confirmaron el carácter irreversible e incurable de su situación, sin aportar elementos científicos que permitan suponer que tenga posibilidades de recuperarse de su actual estado.

La particularidad que presentó este caso es que el paciente no había brindado ninguna instrucción formalizada por escrito respecto a qué conducta médica debía adoptarse en una situación como la que se encuentra en la actualidad. Por cuanto al momento del accidente no se había dictado aún la Ley de Derechos del Paciente (26.529) que autorizó a las personas a disponer mediante instrumento público sobre su salud dando directivas anticipadas. Sin embargo, él le había manifestado a sus hermanas que, en

la eventualidad de hallarse en el futuro en esta clase de estado irreversible, no era su deseo que se prolongara artificialmente su vida. Por lo que, basándose en esta manifestación de voluntad de M.,A.D., sus hermanas solicitaron la suspensión de las medidas de soporte vital que se le venían suministrando desde hace dos décadas.

En el fallo, la Corte Suprema consideró que la Ley de Derechos del Paciente contempla la situación de quienes, como M.,A.D., se encuentran imposibilitados de expresar su consentimiento informado y autoriza a sus familiares a dar testimonio de la voluntad del paciente respecto de los tratamientos médicos que éste quiere o no recibir. En razón de ello, resolvió que debía admitirse la petición planteada en la causa a fin de garantizar la autodeterminación de M.,A.D.

Al adoptar esta decisión, la Corte aclaró que no se estaba en presencia de un caso de eutanasia. Luego, efec-

tuó consideraciones relevantes tanto sobre los derechos de los pacientes, en especial de los más vulnerables, como también enfatizó la importancia de respetar exclusivamente la voluntad del paciente, por fuera de otra consideración, en lo que hace al final de su vida.

7. Autonomía personal y vacunación contra el Covid-19

La discusión acerca de la vacunación obligatoria hoy cobra un papel preponderante en el marco de la pandemia de Covid-19 y plantea el interrogante acerca de cómo equilibrar el principio de autonomía personal - que involucra el derecho de los pacientes a rechazar tratamientos médicos- con la tutela de la salud pública.

Sabido es que las vacunas son una de las formas más eficaces para prevenir enfermedades. Sin embargo en la actualidad se han extendido los movimientos antivacunas que se oponen a uno de los avances cientí-

ficos más importantes de la historia, tal es así que la Organización Mundial de la Salud ha considerado a los grupos radicales antivacunas como una de las diez principales amenazas de la salud mundial

La ley 26.529 de derechos del paciente señala como excepción al deber de obtener el consentimiento informado "el grave peligro para la salud pública" (art. 9º, inc. A), Por su parte la ley 27.491, estableció nuevas normas para el control de enfermedades prevenibles por vacunación: entre ellas, declara la vacunación como de interés nacional (art. 3º); establece la obligatoriedad para los habitantes de su aplicación (art. 7º); reitera la responsabilidad de los padres, tutores, guardadores, representantes legales o encargados de las personas a su cargo (art. 10); consagra la prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular (art. 1º); el incumplimiento de las obligaciones que consagra faculta a la autoridad sanitaria jurisdiccional a acciones tendientes a efectivizar

la vacunación, que llegan hasta la vacunación compulsiva (art. 14); la certificación del cumplimiento del Calendario Nacional de Vacunación debe ser requerida para el ingreso y egreso del ciclo lectivo obligatorio y optativo, formal e informal (art. 13).

Dentro del marco normativo reseñado puede concluirse que en general el criterio adoptado por nuestro país ha sido la vacunación obligatoria.

También la jurisprudencia ha adoptado este criterio de obligatoriedad. La Corte Suprema de la Nación en el caso "N.N. o U. V. s/ protección y guarda de personas" confirmó una sentencia que intimaba a los padres de un menor de edad a que acreditasen el cumplimiento del Plan de Vacunación oficial, bajo apercibimiento de ordenar la vacunación compulsiva. Así sostuvo el Máximo Tribunal que "el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del art. 19 de la CN; y por lo tanto, se trata de comporta-

mientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el Plan de Vacunación Nacional"¹⁵.

En cambio, en materia de la situación epidemiológica originada por la enfermedad Covid -19 la solución ha sido contraria por cuanto las autoridades de salud han adoptado una política pública de inmunización no obligatoria.

Tal como ha sido señalado, tal postura parece prudente, teniéndose en cuenta factores como los tiempos acotados de los ensayos clínicos en curso; las posibles limitaciones para la disponibilidad de vacunas en cantidad suficiente en el corto plazo; el aparente aumento de la reticencia a la vacunación en este contexto y el hecho de que los grupos vulnerables para el COVID-19 comprenden mayormente poblaciones de adultos que no dependerán de terceros para tomar sus propias decisiones¹⁶. Comparto dicha postura por cuanto parece ser la decisión más razonable en la actualidad, a los fines de compa-

tibilizar el principio de autonomía personal, con los intereses de la comunidad en su conjunto.

8. Reflexiones finales

El principio de autonomía personal, como uno de los principios rectores de la bioética es el reflejo del derecho a la libertad de las personas que tiene un claro sustento constitucional y convencional.

Los extraordinarios avances tecnológicos han obligado, tanto a la disciplina de la bioética, como al ámbito jurídico a reflexionar sobre la relación médico-paciente tendientes a encontrar nuevas respuestas que contemplen dichos cambios pero sin perder de vista la búsqueda de las soluciones que respeten en mayor medida la autodeterminación personal en la toma de decisiones referidas a la salud cuyo único límite se encuentra en la medida que esas conductas no comprometan a terceros o afecten a la salud pública.■

CITAS

- ¹ Publicado en el año 1978 por La National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, constituida por mandato del Presidente de los Estados Unidos para estudiar las cuestiones éticas relacionadas con la investigación biomédica.
- ² BEAUCHAMP, TOM – CHILDRESS, J. “*Principios de Ética Biomédica*”, Oxford University Press, Nueva York, 1994.
- ³ HOOFT, PEDRO FEDERICO, “*Bioética, derechos y ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia*, Bogotá, 2005.
- ⁴ SAUX , EDGARDO I. – AZVALINSKY, ALEJANDRO M. “*Vida, muerte y dignidad. Los testamentos vitales: utilidad y alternativas*, publicado en RCyS2020-XI, 293 Cita TR LALEY 0003/013537
- ⁵ SALAS CARDONA, JUAN C. “*La bioética, el derecho y las decisiones judiciales*” Publicado en SJA09/12/2020, 97 Cita TR LALEY AR/DOC/3597/2020
- ⁶ ANDRUET (H) ARMANDO S. “*La bioética como disciplina metanormativa. El instituto de las directivas de voluntad anticipada*”, La Ley 2021-A-21, Cita TR LA LEY AR/DOC/3445/2020.
- ⁷ El artículo 19 de la Constitución Nacional contiene el principio básico de la defensa de la intimidad de las personas al proteger jurídicamente el ámbito de la autonomía personal conformado por las propias ideologías, creencias, costumbres, preferencias.
- ⁸ LUNA, FLORENCIA Y SALLES, ARLEN, *Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, Aborto y otros temas de ética médica*, Sudamericana, Buenos Aires, 1995
- ⁹ BIDART CAMPOS, GERMÁN, “*La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático*”, ED, T° 165-360
- ¹⁰ MAGLIO, IGNACIO - WIERZBA, SANDRA M. “*Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil*” publicado en: Sup. Esp. LegalTech 2018 (noviembre), 05/11/2018, 213. Cita: TR LALEY AR/DOC/2387/2018
- ¹¹ TOBÍAS, JOSÉ W. “*El consentimiento informado y sus límites*” Publicado en: LA LEY 16/12/2019, 16/12/2019, 1 - LA LEY2019-F, 1012 - RCyS2020-II, 3 - DFyP 2020 (febrero), 20/02/2020, 107 Cita: TR LALEY AR/DOC/3915/2019
- ¹² HOOFT, PEDRO H. “*Derechos personalísimos y bioética en el final de la vida*” JA 2015-IV-846
- ¹³ SAUX, EDGARDO I. AZVALINSKY, ALEJANDRO, art.cit.
- ¹⁴ Fallos 338:556
- ¹⁵ Fallos 335:888
- ¹⁶ WIERZBA, SANDRA M.- MANSNERUS, JULI - MALMINEN, TONI, “*Vacunación Hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público. Análisis jurídico Comparado durante la crisis del Covid- 19*”. Publicado en LA LEY2021-A,55 Cita: TR LALEY AR/DOC/3839/2020

Juicio de amparo por cobertura de medicamentos o tratamientos de alto costo: algunas reglas de intervención judicial



Dra. Mónica **Klebcar**

*Jueza de Primera Instancia de Distrito
en lo Civil y Comercial N° 2 de Rosario*



Dra. Verónica **Gotlieb**

*Jueza de Primera Instancia de Distrito
en lo Civil y Comercial N° 13 de Rosario*

Introducción

El juicio de amparo que involucra el derecho a la salud genera en los jueces, en general, una honda preocupación. Es que, se pone en juego la salud del amparista y, en muchos casos, su vida. Este sentimiento de desasosiego se incrementa cuando el planteo se vincula al acceso a prestaciones médicas -medicamentos, tratamientos, etc.- de alto costo.

El alto costo de la prestación requerida -objeto del amparo- coloca en escena múltiples cuestiones, pasando desde el conflicto de opiniones científicas entre el médico tratante prescriptor y el auditor del financiador (obra social o entidad de medicina prepaga), hasta el planteo de un posible colapso del sistema de salud por tener que asumir el costo de esa prestación. En el medio, podríamos listar muchísimas otras problemáticas, pero nuestra intención es aprovechar este espacio para reflexionar sobre la intervención de los jueces en estos procesos, en una suerte de relevamiento de opciones y reglas que nos permitan operar en estos

casos con cierto margen de seguridad.

No podemos pasar por alto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene firmemente establecido el estatus preeminente del derecho a la salud, comprendido dentro del derecho a la vida, que debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga¹. Al mismo tiempo, el Alto Tribunal viene insistiendo respecto a la necesaria fundamentación jurídica de las sentencias que impongan la obligación de cobertura de un medicamento o tratamiento, invalidando los decisorios que padezcan de dicho defecto argumentativo².

Por lo tanto, cuando lo requerido por el amparista escapa o desborda el marco normativo particular por ausencia de norma que establezca la cobertura obligatoria de un determinado medicamento o tratamiento, e ingresamos en el terreno de los principios, la motivación de la decisión se intensifica y la carga de

argumentación aumenta. Creemos que la reflexión acerca de ciertas reglas o parámetros puede ser de utilidad para arribar a la decisión del caso.

La cobertura de prestaciones de salud: ¿qué es obligatorio?

Esta pregunta es visceral y la respuesta no es sencilla. Para evacuarla debemos comenzar por hacer una breve descripción de nuestro sistema de salud. Está dividido en los sub-sistemas, sectores o sub-sectores público, de la seguridad social y privado.

El sub-sistema o sector público se asienta sobre la provisión de servicios universal y gratuita, a cargo del Estado, en sus tres niveles de gobierno: nacional, provincial o municipal. El Estado tiene a su cargo el financiamiento, la asignación y la provisión de los servicios, y la atención de la salud es considerada un derecho que corresponde a toda la población con independencia de su nivel de ingreso. Sin embargo, en tanto el sistema de salud tiene una estructura fe-

deral que coloca a las provincias como las obligadas primarias en la atención de la salud de la población, son precisamente las provincias y los municipios quienes definen la organización de los servicios de salud y la población beneficiaria, provocando notorias disparidades en el acceso a la atención de la salud entre los habitantes del país³. Este sector, pese a su postulación universal, brinda cobertura fundamentalmente a la población de menores recursos y sin empleo formal⁴.

El sub-sistema o sector de la seguridad social está compuesto por obras sociales sindicales, en general con un ámbito de actuación nacional, en su origen vinculadas a los sindicatos por rama de actividad, que cubren la atención de la salud de los trabajadores formales y sus familias; obras sociales también nacionales pero destinadas a los empleados de algunos organismos del Estado nacional, como las universidades y las fuerzas armadas; obras sociales provinciales, que nuclean a los empleados públicos provinciales; y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubi-

lados y Pensionados (INSSJP, ex PAMI), destinado a la cobertura de salud de los jubilados y pensionados⁵. Este sub-sistema se financia con aportes de trabajadores y empleadores, con más aportes del Estado nacional en algunos casos (por ejemplo, en el reintegro de prestaciones de alto costo a cargo del Sistema Único de Reintegros ex Administración de Programas Especiales).

El sub-sistema o sector privado implica a los seguros voluntarios privados⁶ e incluye a las entidades de medicina prepaga, noción que involucra a empresas comerciales y entidades de la denominada economía social (mutuales, cooperativas, fundaciones). En principio, este sub-sistema brinda cobertura a los sectores de altos ingresos⁷.

Cada sub-sistema brinda una cobertura distinta puesto que no existe en Argentina una canasta de prestaciones única. El único listado de prestaciones vigente en nuestro país, con alcance nacional, es el Programa Médico Obligatorio (PMO), contenido en una resolución del Ministerio de Salud de la Na-

ción, pero que es obligatorio solamente para los sub-sistemas privado y de la seguridad social nacional. El sector público está obligado a la cobertura subsidiaria de las prestaciones para personas con discapacidad (leyes 22.431, 24.901, 26.689, 27.552). En cuanto al PMO, aun cuando no lo obligue, es una referencia ineludible para el sector público en todos sus niveles.

Sin embargo, a pesar de este importante entramado normativo, verificamos un déficit regulatorio sobre la efectiva cobertura obligatoria que corresponde a cada habitante, que resulta directa consecuencia de la segmentación y la fragmentación que caracterizan al sistema de salud de nuestro país⁸. La segmentación refiere precisamente a la coexistencia de diversos sectores o sub-sistemas (público, seguridad social y privado) con características propias en cada caso en cuanto a las instituciones involucradas, la relación entre organizaciones aseguradoras, mecanismos de financiamiento, beneficiarios y el alcance y la definición de los beneficios o cobertura en salud de la población. La frag-

mentación, por su parte, alude a una deficiente articulación entre las instituciones responsables del financiamiento y provisión de servicios^{9 10}. Se ha dicho que un sistema de salud fragmentado implica “la disolución de las responsabilidades por los cuidados de la salud, en detrimento del derecho a la salud de la población”¹¹.

Esta fragmentación y segmentación se replican en la legislación sanitaria¹². Si bien el derecho a la salud tiene reconocimiento constitucional en el propio articulado de la Constitución Nacional (art. 42 y cc.) y por la vía de la incorporación con jerarquía constitucional de distintos tratados internacionales de derechos humanos (el llamado “bloque constitucional” o “bloque de constitucionalidad”), Argentina no tiene sancionada una ley general de salud, sino que regulan el sistema de salud distintas normas nacionales, provinciales y municipales. Entre las primeras, las convenciones internacionales ratificadas y sancionadas como ley nacional (por ej. la ley 26.378 que aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y

su protocolo facultativo); las leyes nacionales sobre obras sociales (ley 23.660) y sistema nacional de salud (ley 23.661), ley de medicina prepaga (ley 26.682), las leyes sobre acceso a la salud para personas con discapacidad (leyes 22.431 y 24.091); entre muchas otras.

Luego, si bien en mérito a la estructura federal del Estado Argentino la atención de la salud resulta competencia primaria de los Estados Provinciales, no nos faltan normas nacionales con pretensión articuladora y coordinadora, tales como las mencionadas en el párrafo anterior, con más -entre muchas otras- las leyes 23.798 (lucha contra el VIH/SIDA), 26.529 (Derechos de los pacientes), 26.657 (Salud mental), etc. Se agregan, para completar el cuadro, las Constituciones provinciales y la correspondiente legislación provincial y municipal.

Este plexo normativo, si bien recepta el derecho a la salud con carácter universal, igualitario e integral para todos sus habitantes, simultáneamente establece responsabilidades diversas en la cobertura de las necesidades sani-

tarias de la población. En este intrincado abanico normativo, los jueces debemos bucear para resolver los amparos por acceso a prestaciones de salud que recibimos, tópico que intentamos abordar en el apartado siguiente.

Algunas pautas a tener en cuenta para resolver

Tenemos una primera pauta orientativa: el PMO constituye un piso mínimo prestacional. Si bien la Resolución n° 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación que establece el PMO no resulta directamente aplicable a las obras sociales provinciales (ej. IAPOS¹³), resulta ser una referencia insoslayable, desde que las prestaciones que establece el PMO constituyen un piso, un estándar mínimo que deben incluir todos los prestadores de salud, respecto del cual el proveedor podría excederse, pero nunca otorgar en menos. Así, “conviene recordar que el Programa Médico Obligatorio no constituye una limitación para los agentes de salud sino que constituye en una enumeración no taxativa

de la cobertura mínima, debajo del cual ninguna persona debería ubicarse bajo ningún concepto, mas no necesariamente conforme su tope máximo ...”¹⁴.

La segunda pauta orientativa a considerar sería de orden procesal: qué defensa interpuso la prestadora al contestar la demanda o con qué razones resiste la cobertura, que a veces suelen diferir (en el responde) de las invocadas extrajudicialmente al actor amparista (afiliado o beneficiario). En este sentido no debemos olvidar que el proceso y la actividad de sentenciar se ven regidos por los principios dispositivo y de congruencia (art. 243 CPCC)¹⁵, y que el juez solo debe verificar la existencia y prueba de la defensa invocada.

El financiador demandado podría invocar que el medicamento o tratamiento, droga prescrita, o la práctica en cuestión, no están contempladas en el menú prestacional, o no se ajusta a las disposiciones de sus resoluciones internas (del IAPOS por ej.), que su cobertura excede el marco prestacional, que posee recursos limitados, y en este sen-

tido, que el juez no puede efectuar un juicio de mérito u oportunidad respecto de la decisión de la obra social, o que los prestadores no tiene relación contractual con la demandada, entre otros.

La defensa que consiste en que el medicamento o práctica no están incluidos en el menú prestacional, o que no se ajusta a las disposiciones de las resoluciones internas de la obra social, se resuelve con la primera pauta antes esbozada. Si el medicamento o el tratamiento prescripto están incluidos en los listados del PMO, deben ser otorgados.

La cuestión se vuelve espinosa cuando se trata de prescripciones que no están incluidas en ese listado, y cuyo costo ya nos indica que difícilmente lo estarán en un corto plazo. Recordemos que, como criterio rector, la Resolución N° 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación (PMO), a la vez que establece un catálogo de prestaciones, prevé que la obligatoriedad de su cobertura debe depender de una correcta indicación médica, acorde a los principios establecidos en el modelo de abordaje de

medicina basada en la evidencia. Pero aclara que en el proceso de normatizar prácticas se arriba a conclusiones que inicialmente descartan la indicación de éstas en determinadas condiciones, lo cual no implica que existan potenciales indicaciones no consideradas pero posibles de actualización.

En este punto, conjugada con las anteriores, **consideramos apelar a la tercera pauta** de criterio para la decisión, que los jueces utilizamos para sentenciar y que es la de la **carga de la prueba**. El principio es que cada parte debe probar los hechos que afirman, en tanto sean controvertidos y los que sean el presupuesto de hecho de la norma en que se basen. Recordemos nuevamente, que estamos en un proceso dispositivo y las fuentes de prueba deben ser aportadas por la parte que afirma el hecho necesitado de prueba. También en materia de salud es útil trasladar este principio a casos concretos para verificar si se verifica su cumplimiento.

Inicialmente el actor debe probar la prescripción médica de la droga o tra-

tamiento. Pero ¿qué pasa si el médico auditor de la obra social controvierte esa prescripción? Según el principio de la carga de la prueba debe ser la obra social la que pruebe tal afirmación ya sea que el medicamento prescripto no corresponde a la dolencia, o no está aprobado por la ANMAT, o que existe otro que sugiere como alternativa, y que tiene idénticos efectos y es más económico o accesible, y que su elección no trae desmedro al paciente en relación al peticionado.

Es el prestador o financiador del servicio de salud el que debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio o resultado análogo al que llega el medicamento o tratamiento costoso prescripto por el especialista del paciente, como así también demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección del profesional especialista. El diagnóstico de la dolencia y la prescripción de drogas o tratamiento es tarea del profesional médico especialista de la enfermedad, tratante del amparista, y el médico auditor es solo

controlador. La alternativa que sugiera la obra social o prepaga no puede instaurarse en obligatoria para el paciente, salvo prueba en contrario con suficiente sustento científico, que debe estar a cargo de la demandada¹⁶.

En orden al argumento relativo a los costos de la prestación y su impacto económico en la obra social o prepaga, exige una demostración del desequilibrio que se generaría con el otorgamiento de la cobertura integral. Aplicando la regla argumentativa que venimos analizando, la carga de argumentar y probar tal desfinanciamiento o compromiso patrimonial (explicar las consecuencias que produce la condena en su estructura financiera, equilibrio presupuestario o atención de otros afiliados) es de la demandada.

En este sentido, el rol del médico prescriptor integrante del listado de prestadores de la demandada es crucial¹⁷. La relación médico-paciente no es una relación paritaria, puesto que el médico es depositario de un saber técnico y científico del que el paciente

carece. Por ende, dada esta asimetría, la prescripción de una cierta prestación genera en el paciente la expectativa respecto a que la misma es la adecuada para su tratamiento o curación, lo cual cobra especial relevancia en el marco de los sistemas de medicina prepaga, e incluso de obra social, analizados en clave consumeril.

El hecho de que el profesional especialista del actor, que prescribe la droga o tratamiento de alto costo, pertenezca a la cartilla de prestadores de la demandada, debe ser otro elemento de peso a considerar. En ese caso, aumenta la carga de la demandada a la hora de probar el desacierto en la prescripción médica efectuada. Es que, si el médico de la cartilla de la obra social o prepaga prescribe una droga o tratamiento que luego el prestador o financiador deniega por incorrecta o improcedente (por el motivo que fuera), se activa la responsabilidad objetiva por los profesionales que contrata. Y si el profesional de su cartilla prescribe una droga o tratamiento costoso específico que no es invalidado por la obra social o pre-

paga por su incorrección, luego no podría negar sin debida justificación su cobertura. Sería casi como ir contra los actos propios, negar los tratamientos o medicamentos que prescriben sus propios profesionales, los que la obra social o prepaga contrató para atender a sus afiliados.

Entonces, como regla a considerar, la defensa del desfinanciamiento o del desequilibrio presupuestario, solo podría aplicar si el medicamento o el tratamiento excesivamente costoso fuera prescripto por un médico especialista extraño al financiador; o si se probara efectiva e indubitablemente el desequilibrio presupuestario que provocaría la prestación y la insoslayable afectación a la atención adecuada de los restantes afiliados.

La cuarta pauta a tener en cuenta es la posibilidad de solicitar vista al médico forense para que con su dictamen oriente la decisión en cuanto a la relevancia y necesidad del medicamento o tratamiento. Nos planteamos el supuesto de que la petición del actor (consis-

tente en el medicamento o tratamiento de alto costo) esté debidamente acreditada y también esté fundada la alternativa que propone la obra social (que es más económica y que el paciente rechaza por no ser la prescripta por el especialista de su confianza). Aquí consideramos que resulta sumamente relevante la opinión de un técnico, imparcial, auxiliar del juez, en estos casos donde el trámite del amparo no admite la prueba pericial. Y ello por cuanto el juez necesita discernimiento a la hora de evaluar si la negativa de la demandada es manifiestamente arbitraria e ilegítima, pero en términos de los especialistas.

En este sentido y con esta finalidad, creemos determinante incorporar al proceso elementos técnico-científicos, pudiendo los jueces requerir -previo a resolver en definitiva la cuestión, pero siempre teniendo presente los acotados tiempos del proceso de amparo y la especial urgencia de un trámite de salud-, por ejemplo, una exhaustiva evaluación médica especializada, que ilustrase, en la medida que sea necesario, sobre los siguientes puntos: 1) la evolución ope-

rada en el proceso patológico que afecta al actor, su estado de salud actual y su pronóstico; 2) la descripción del procedimiento propuesto; 3) las consecuencias que éste puede acarrear, complicaciones frecuentes, riesgos razonablemente previsibles, y efectividad; 4) la existencia de terapias alternativas; 5) los beneficios y desventajas de la nueva práctica, así como los que correspondan a los tratamientos convencionales; 6) la necesidad o no de la administración de la estrategia médica en cuestión; 7) en caso afirmativo, los recaudos que deben adoptarse *sine qua non*; 8) la apreciación técnica integral referida al caso concreto, con las indicaciones terapéuticas que se juzguen más adecuadas¹⁸. Esto siempre y cuando se encuentren destinados a despejar una duda razonable en cuanto a la decisión del juez, mas no para incorporar prueba que dependía de alguna de las partes. En este aspecto el magistrado deberá ser sumamente cuidadoso respecto a cómo plantea la evacuación del dictamen del médico forense y a fin de ir por la senda correcta, deberá atenerse a la segunda pauta previamente descrita.

Conclusión

El amparo de salud es uno de los procesos urgentes por excelencia. Su resolución requiere celeridad, pero, a la vez, adecuada, certera y suficiente fundamentación. No podemos ignorar que, en general, las sentencias afectan recursos económicos del sistema de salud, e involucran decisiones sobre políticas públicas de salud. Por lo tanto, el razonamiento judicial debe partir del respeto por la división de poderes y el rol que le corresponde al Poder Judicial, evitando inmiscuirse en el diseño de las políticas o la asignación de recursos. Sin embargo, como muchas veces la garantía del derecho a la salud requiere de una intervención judicial que lo tutele efectivamente, el desarrollo de reglas o pautas que podrían considerarse en cada caso contribuye a fortalecer la fundamentación de las sentencias, robusteciendo la función judicial.

En este sentido, la identificación correcta de la cuestión litigiosa conforme a los hechos pretendidos y resistidos, el aná-

lisis de la carga de argumentar y probar en cada caso, como así la vista al médico forense para incorporar elementos técnico-científicos necesarios para la toma de decisión, aportan pautas valiosas para la resolución del amparo, que contribuyen a su preeminente rol como proceso constitucional.■

CITAS

¹ CSJN, 01-06-2000, Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986; 24-10-2000, Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásica; 16-10-2001, Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, disponibles en www.csjn.gov.ar.

² CSJN, 20/05/2014, L., E. S. c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo,

LA LEY 01/07/2014, 8, Cita Online: *AR/JUR/18656/2014*.

³ BÁSCOLO, ERNESTO, “Características institucionales del sistema de salud en la Argentina y limitaciones de la capacidad del Estado para garantizar el derecho de la salud de la población”, en Cheresky, Isidoro (director) “Las capacidades del estado y las demandas ciudadanas: condiciones políticas para la igualdad de derechos”, 1ª ed., Buenos Aires, Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, 2008, p. 189-220.

⁴ CETRÁNGOLO, OSCAR (coord.), “El sistema de salud argentino y su trayectoria de largo plazo: logros alcanzados y desafíos futuros”, 1ª. ed., Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, Buenos Aires, 2011, en <http://new.paho.org/arg/images/Gallery/publicaciones/El%20sistema%20de%20salud%20argentino%20-%20pnud%20oops%20cepal.pdf> (03/06/13).

⁵ BÁSCOLO, cit..

⁶ Íd..

⁷ CETRÁNGOLO, cit..

⁸ BÁSCOLO, cit..

⁹ Íd..

¹⁰ En similar sentido: MADIES, CLAUDIA VIVIANA, “El novedoso y controversial marco regulatorio de la medicina prepaga y su efectividad para tutelar los derechos”, *La Ley Sup. Esp. Régimen Jurídico de la Medicina Prepaga*, 2011 (mayo), 19/05/2011, p. 68.

¹¹ TOBAR, FEDERICO; OLAVIAGA, SOFÍA; SOLANO, ROMINA, “Complejidad y fragmentación: las mayores enfermedades del sistema sanitario argentino”, Documento de Políticas Públicas/Análisis N°108, CIPPEC, Buenos Aires, agosto 2012, en www.cippec.org (21/02/13).

¹² GARAY, OSCAR ERNESTO, “El Derecho a la Salud y la Legislación Sanitaria”, *LA LEY*, 2013-B, p. 731.

¹³ La obra social de la Provincia de Santa Fe: Instituto Autárquico Provincial de Obra Social..

¹⁴ CCCR, S. I, acuerdo N° 13 del 05/02/16, “C., C.A. c/ IAPOS s/ Amparo”.

¹⁵ “El principio de congruencia [...] importa, en definitiva, una limitación a las facultades del juez; éste no debe sentenciar en más de lo de-

batido, o dejar de fallar en la materia litigiosa del caso. Implica, consecuentemente, un encuadre funcional del magistrado, cuya violación ha sido reputada arbitraria por la Corte Suprema de la Nación. La sentencia incongruente, en resumen, es sentencia arbitraria, ya que en el fondo rompe con los claustros normativos del juez (por exceso u omisión, lesiona las reglas del debido proceso y no es naturalmente, una sentencia que deriva razonablemente del derecho vigente)” (Corte Suprema de Justicia de la Provincia, sentencia del 28.12.1994 in re “Prode Promotora y Depositaria S.A. c/ Carde-ma S.R.L. -Cobro de Australes- s/ Recurso de inconstitucionalidad”, A. y S., Tomo 113, págs. 424/441. En similar sentido: “Lanzillota”, A. y S., Tomo 103, págs. 355/374; “Agar Cross S.A.”, A. y S., Tomo 174, págs. 150/155, entre otros).” Es “un concepto elemental el que sostiene que el principio de congruencia, regulado en el art. 243 del C.P.C.C., consiste en que debe existir conformidad entre lo demandado y resistido por las partes, por un lado, y la sentencia del juzgador, por el otro. De tal modo, ésta debe recaer, exclusiva y necesariamente, sobre los hechos que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación, así como de las peticiones, alegaciones, oposiciones y defensas formuladas en los escritos constitutivos del pleito; delimi-

tando el thema decidendum del juez; con indudable trascendencia constitucional, pues implica el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio.” CCRSIAuto N° 20/2013 “En virtud del principio dispositivo le corresponde a las partes un señorío casi ilimitado sobre el derecho sustancial llevado a juicio y también sobre la mayoría de los aspectos relacionados con la iniciación, marcha y desenlace del debate judicial.” ARAGONESE, PEDRO, “Proceso y Derecho Procesal (Madrid, 1960), editorial Aguilar, pag. 93, citado por PEYRANO, JORGE W., *Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial*, Zeus editorial, Rosario, 1983, pag. 17.

¹⁶ En este sentido, CSJN, 27/11/12, R., D. Y otros c/ Obra social del personal de la Sanidad s/ amparo, del dictamen del Procurador General, disponible en www.csjn.gov.ar, acceso 31/01/13.

¹⁷ En este sentido, CSJN, 15-06-2016, S., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo, disponible en www.csjn.gov.ar, acceso 26-09-2017.

¹⁸ Del dictamen del Procurador ante la Corte en CSJN, 26-03-2009, Sureda, Lucas Mariano c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo, disponible en www.csjn.gov.ar.

VIDAS
ENCUENTRO
FLUJO
MOSAICO DE
HUMANIDADES

XXVI Jornadas Científicas
de la Magistratura Argentina.
Encuentro Abierto Virtual.
Septiembre-October 2021

**FAM | FEDERACIÓN
ARGENTINA DE LA
MAGISTRATURA Y LA
FUNCIÓN JUDICIAL**

XXVI Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina (Recuerdos del futuro)

Dr. Ariel **Ariza**

*Ex Presidente de la
Federación Argentina de la
Magistratura y la Función
Judicial. Período 2017-2021*



FAMCONECTA

Propósitos de las Jornadas

Suele pensarse que los encuentros académicos son eventos que repiten una secuencia impuesta por la costumbre. La asistencia al lugar en que se van a desarrollar, la inscripción, las reservas de alojamiento, el acto de apertura, la recepción, los paneles, los intercambios en los espacios de coffee break, la reunión social culminante que por general se engloba en la palabra cena. Luego sobrevienen las despedidas que marcan la pausa de un tumulto de experiencias, encuentros y conversaciones. En otras palabras, uno de los tantos espacios vivenciales abruptamente interrumpidos como derivación de la pandemia desde 2020.

Las limitaciones de la pandemia invitaron a repensar las posibilidades de la continuidad. Era como aventurarse a la idea de la traslación de estos ritos y esquemas a espacios compartidos pero no con la presencia de estar en el mismo lugar físico. Una invitación a convivir en el espacio de lo digital y de las redes sociales.

Desde la conducción de FAM nos planteamos el interrogante de si tenía sentido explorar la un proyecto de Jornadas Científicas de la Magistratura que se definan sobre bases distintas hasta las ahora transitadas en sus ediciones anteriores. ¿Por qué hacerlo? ¿Cómo llevarlo a cabo? Fueron las preguntas que siguieron a ese planteo cuestionador inicial.

La pregunta por el sentido que podía tener la realización de las Jornadas Científicas en uno de los contextos más inciertos para llevarlas adelante nos ubica de lleno en el propósito de acercamiento y diálogo con la ciudadanía que fue la clave de las acciones de FAM a lo largo de ese inédito 2020. La conmoción de detenimiento social y económico posibilitó una agenda que coloque entre las prioridades del espacio judicial argentino una relación diferente y próxima de diálogo y escucha hacia la sociedad que es la destinataria del trabajo en las justicias. También era relevante poder nuclear quienes integramos las estructuras judiciales mostrando que podíamos reflexionar sobre este presente incierto, medir los enormes esfuerzos realizados y observar los resultados. No detener la periodicidad de las Jornadas pese a todo, como no se dejaron de garantizar los derechos de las ciudadanas y ciudadanos en el año y medio de emergencia sanitaria.

Jornadas ¿qué Jornadas?

Al enfrentar la disyuntiva de llevar adelante el evento académico más importante de FAM –y del espacio judicial argentino– “de otro modo”, que no era el tradicional, aparecieron las alternativas para esa construcción. Estas ideas no tenían la fijeza que da la experiencia de lo anterior, no había libreto. Todas las opciones resultaban novedosas y en gran medida daban vueltas como posibles caminos imaginarios no recorridos y que no se podía saber hacia dónde conducían.



Carolina Carballido Calatayud, Nicolas Ceballos, Mariana Maldonado, Marcela Ruiz y Dr. Ariel Ariza

Los elementos fueron fraguándose poco a poco, como los condimentos que se vuelcan en el caldero a cocción lenta, en el que los ingredientes y las ideas entran en combinación perdiendo un poco la identidad de los orígenes de cada propuesta y el posible sentido que las ideas tenían en estado puro y como quedaban luego de la combinatoria. Estaba también presente la sensación de que quienes

revolvíamos el caldero, en un punto, no estábamos fuera sino dentro de él.

Llevamos a cabo por zoom alrededor de catorce reuniones organizativas, lo que permitió arribar a la primera certeza: las Jornadas no debían tener como medio o hábitat de residencia la plataforma zoom. La pandemia trajo aparejada

la irrupción imprescindible de medios digitales y videollamadas lo que terminó dando lugar también al fenómeno ya conocido como “fatiga de zoom”.

Las Jornadas requerían otro entorno que estuviese caracterizado por el dinamismo y la no fijación en las cuadrículas de las pantallas. Era necesario un medio y una propuesta que lograra mantener el interés y la atención. De allí surgió la propuesta del modelo “programa” conducido por responsables periodísticos, basado en criterios de ritmo, brevedad y circulación de la palabra.

Dentro del equipo de la organización se debatió la duración de las Jornadas descartando la idea de realizarlas en dos o tres días continuados. Se eligió hacerlas durante el mes de la magistratura y la función judicial, comenzando precisamente la semana del 15 de septiembre. Para no superponerlas con las actividades académicas y de formación ya establecidas los días de las Jornadas fueron lunes y martes en un horario en que los públicos –tanto los integrantes de Colegios y Asociaciones como las y los ciudadanos en general- pudiesen estar sin las ocupaciones del día o al menos más distendidos como para la participación.

En el equipo de la organización de las Jornadas intervinieron Marcela Ruiz, Silvina Furloti, Luz Masferrer, Silvana Chiapero, Gustavo Salvador, Roberto Dellamónica, Sandra Gonzalez Taboada, Verónica Luchessi, Claudia Rivarola, Julieth Calderón, Franco Cardigni, Soledad Ortiz y por supuesto Javier Bajer y quien escribe estas líneas.

Un momento culminante del proceso de organización fue la determinación del formato de programa televisivo para lo cual apareció la opción de la productora de contenidos audiovisuales KP, de Gustavo Cape, con sus referentes Fernando Chirelli y Silvana Ercolano. A partir de allí, el gran grupo del inicio comenzó a afinar sus intervenciones, dando lugar a una focalización de las tareas a cargo. Los grandes temas de las Jornadas por cada día de actividad comenzaron a lla-

marse módulos. Se discutieron los temas de los módulos y se encontraron quienes serían los mejores encargados para asumir su realización. Los senderos comenzaron a bifurcarse y la organización cobró vida propia más allá de toda posibilidad de tener a la vista el desarrollo de las tareas.

Las Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina comenzarían el 13 de septiembre y se desarrollarían el 14, 20, 21, 27 y 28 de septiembre y el 4 y 5 de octubre de 2021. Su hora de comienzo habitual, las 17:00 hs, para ser vistas por Youtube en todos los formatos de pantalla, especialmente los teléfonos celulares. También podrían ser seguidas desde el sitio de las Jornadas: FAMconecta.

Pese a los días y horarios de las emisiones, nadie tardó en darse cuenta que la visualización de los materiales no registraría días ni horarios. Una vez emitido cada módulo, se podía verlo o volver a verlo en el momento del día que resulte cómodo, siendo parte asincrónicamente de las charlas y de los intercambios.

La participación ciudadana

Si por algo habrán de recordarse las XXVI Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina es por el hecho de que fueron abiertas, es decir, con invitación a sumarse a todas las ciudadanas y ciudadanos que quisieran formar parte de cada una de las actividades. El sello de las Jornadas es que fueron diagramadas pensando en la mejor llegada a la sociedad pero no para que la ciudadanía las “mire” sino que forme parte, se integre al espacio judicial, pueda conocer cómo se deciden sus conflictos. Más aún, se invitó a quien quisiese hacerlo a que colabore con el diseño y la elección de los temas a tratarse.

Las Jornadas comenzaron antes del 13 de septiembre, más precisamente en el mes de agosto de 2021, cuando se pudo dar forma a la idea de que la sociedad pueda elegir los con-



Arq. Javier Bajer junto al Dr. Ariel Ariza

flictos que se tratarían en conversatorios públicos. La idea de la participación ciudadana tuvo como fuerte propósito convocar a una “co-creación” del encuentro. Para crear de manera deliberativa los temas que eran de interés de la sociedad tratar se diseñó un panorama-mapa-mural de conflictos que todos los días se gestionan un resuelven en los tribunales a lo largo de todo el país. Cada conflicto tenía una breve descripción de la situación vital en que se desenvolvía y se presentaban en grupo con la posibilidad de ser votados.

“Separación e hijos en común” Juan Carlos y Gustavo están separados y no se ponen de acuerdo en la educación de sus hijos. “Abusos intrafamiliares” Laura tiene 12 años y fue abusada por el marido de su madre. “Cuerpo, decisiones, edades” Laura tiene 16 años y quiere colocarse un piercing en la nariz. Su mamá se opone. La votación de los conflictos tuvo lugar desde agosto y se mantuvo una vez comenzadas las Jornadas invitando a la gente a elegir los temas de los conversatorios públicos.

Así se presentaron a través del entorno digital FAMconecta, dando lugar a la votación de los temas que se iban a tratar en los conversatorios. Los conflictos –más de cincuenta- estaban ordenados por categorías que los contenían para su visualización. La discusión sobre las categorías de los conflictos buscó también adaptarse a la mirada y la comprensión ciudadana dejando de lado los clásicos enfoques de clasificación curricular por ramas del derecho. Las categorías de conflictos fueron humana y metafóricamente definidas: amores, cuerpos, futuros, libertades, relaciones, trabajos, violencias. En este punto es insoslayable dar cuenta del



Dra. Silvina furlotti, Verónica Luchessi y Dra. Luz Masferrer

avanzado soporte técnico que brindó Digitally a todo el proyecto conformando las características y morfología del entorno digital. Digitally está conformado por un grupo de expertos en programación e informática dirigidos por Tomás Sixto Kohen quien sumó como referente del proyecto a Gian Carlos Pizzo Pérez. Por encima de lo tecnológico, los expertos de Digitally no dudaron en bucear en las profundidades de los contornos humanos de la propuesta de acercamiento, diálogo e interacción con la ciudadanía. Como intérpretes de las experiencias de cada espacio judicial, también ellos tradujeron esas iniciativas de transformación cultural a formatos digitales para que todo pueda desenvolverse en pantallas de teléfonos celulares.

La mirada de la ciudadanía y su participación en las Jornadas constituyó el eje a partir del cual se pensaron cantidad de aspectos, como una fuerza ordenadora: el título de las Jornadas, a modo de prisma desde el cual mirar todo el evento, se le dio a las Jornadas (Vidas en conflicto. Mosaico de humanidades); la imagen del logo de las Jornadas; el nombre del dominio del entorno de las Jornadas (FAMconnecta); la forma de describir narrativamente los conflictos y sus categorías, la manera de roles de manera simple a través de los teléfonos celulares; la comunicación de las Jornadas y cada módulo en las redes sociales diseñando los anuncios de los módulos a través de preguntas atrayentes para quienes vieran los mensajes; la intervención de los facilitadores periodistas en los módulos generando preguntas que se formularía "quien no forma parte de la justicia"; la dinámica y diseño de los conversatorios públicos; el modo de inscripción simplificado a través de la aplicación Eventbright brindando información mínima; la comunicación vía mail que a partir de la inscripción se establecía con el público, manteniéndolo al tanto de cada detalle de contenidos que pueda resultar de interés.





Dra. Marcela Ruiz, Dr. Gustavo Salvador, Dra. Gabriela López Arango y Eduardo Barrionuevo junto a los conductores.

La participación ciudadana hizo de las Jornadas constituyó su leitmotiv. Una razón que justifica que, a futuro, esta experiencia constituya el piso a partir del cual seguir construyendo.

Imágenes

Estáticas o en movimiento. Las Jornadas estuvieron carac-

terizadas por algunas imágenes de fuerte poder evocativo. La lograda síntesis significativa de algunas de sus imágenes compite sólo con la fineza estética de sus rasgos y su elaboración. Cuando nos referimos a un evento que ocurre de manera presencial, las imágenes también están allí como momentos que quedan grabados como fotos o secuencias de instantes concatenados. Se puede decir que aparecen casi espontáneamente. En cambio, en las Jornadas hubo imá-

genes que fueron arquetípicas y que fueron parte de la producción previa, concebidas para dar marco de contención y discurrir visual a las actividades.

El logo-isotipo. El consabido talento –también ya legendario– de la encargada del equipo de diseño gráfico, Claudia Rivarola y su compañera de equipo Amancay Rocha, se plasmó en varias de las producciones que fueron necesarias, entre las que cabría mencionar la gráfica del sitio FAMconecta, los diseños de los programas de actividades y sus comunicaciones por redes, etc. Sin embargo, el logo de las Jornadas logró contener y comunicar ese núcleo humano al que se apuntaba a llegar con los temas propuestos. Formando parte de las reuniones previas de organización, Claudia fue captando todo lo que se quería que las Jornadas reflejen y así se elaboró ese logo que cruza los conflictos de las ciudadanas y ciudadanos en imágenes y letras. Un logo que cuesta desentrañar en su lectura como cuestan desenredar los conflictos que habitan la sociedad y llegan a los sistemas judiciales. El logo de las Jornadas se nos apareció sorprendiéndonos. Claudia se puso a elaborarlo y en dos días lo presentó, para estupor del equipo de organización. Vimos el logo y quedó la sensación de que viento estaba en plena marcha o ebullición.

El video del material de gestión en la antigua bodega Giol. Notable logro artístico proveniente de la Asociación de Magistrados de Mendoza, con una cámara en movimiento recorriendo el espectral panorama que genera un inmenso archivo judicial en el edificio y en las piletas de la que fuera la antigua bodega Giol. Las entrevistas dinámicas en el lugar, la música y la recorrida hicieron de esta producción uno de los logros documentales más impactantes de las Jornadas. Intervinieron en esta producción Abelardo Nanclares y María Fernanda Díaz.

El propósito de FAM. A mediados de 2020, a partir del trabajo realizado junto a Javier Bajer, se elaboró en las reuniones de trabajo el propósito de FAM, síntesis programática de los

ejes que constituyen el núcleo institucional de la Federación y sus acciones. Para las Jornadas Científicas de la Magistratura dicho propósito se grabó con intervenciones de presidentes y presidentas de los Colegios y Asociaciones que componen FAM desde distintos lugares del país. Ese video, notablemente editado por Franco Cardigni y Franco Casiello, formó parte del marco de presentación de FAMconecta en “quienes somos”. Varios de los desopilantes detalles de una grabación esparcida geográficamente quedan, imborrables, en el anecdotario.

El show juicio por jurados. En todo momento se intuyó que la temática de juicio por jurados depararía el mayor esfuerzo de producción. Una simulación de un juicio por jurados hecha para ser vista como una historia contada y abreviada. Todo el módulo de juicio por jurados presenta un universo de imágenes, de rostros, gestos, emociones y sentimientos. Son imágenes variadas, que componen focos de lo que pasa en ese torrente vital que es la experiencia social del juicio por jurados. Estas imágenes fueron hilvanadas artísticamente con la dirección teatral, y también cinematográfica, de Juan Pablo Farall, desde el corazón de Tucumán.

Arquitectura cultural

Qu'est-cequ'une transformation culturelle ? La vinculación de Javier Bajer con FAM tuvo lugar en 2020, en los orígenes de los confinamientos de la pandemia. Javier nos propuso formas de trabajo que nos llevaron a mirarnos desde afuera y a pensarnos como organización, a través de palabras diferentes a las habituales, como en otro idioma.

Desde el conjunto de presidentas y presidentes de Colegios y Asociaciones que conforman FAM pudimos ir sacudiendo aquellas costumbres que nos mantenían en círculos de acción repetidos, animándonos a pensar no transitadas experiencias de comunicación y de relación con la sociedad. Las Jornadas Científicas de la Magistratura esta vez tuvieron

¡GRACIAS!

esa impronta. Dio frutos el esfuerzo titánico que asumió Javier al conmovir conciencias para que las Jornadas se piensen abiertas a la sociedad, con su participación e intervención, para que los temas disciplinares "duros" no cierren el paso a lo mucho que hay por contar de la tarea cotidiana de los espacios judiciales.

La arquitectura cultural hizo de las Jornadas un reflejo, un descriptor de lo que estuvo ocurriendo dentro de FAM. La arquitectura cultural, aunque parezca paradójico, no tiene planos, va ocurriendo en base a planificaciones que son móviles. Es un proceso del que se registra su paso cuando transcurrió su momento más desafiante.

Las iniciativas de crear un mapa de conflictos para que la sociedad elija y participe, de conversatorios públicos, de grabación del propósito de FAM desde distintos puntos del país, entre muchas otras, fueron ese itinerario a lo Adan-Buenosayres de los mundos judiciales posmodernos que la transformación cultural propició.

Parque Chas

Un barrio al que su diseño de calles circulares y en forma de telaraña lo hizo famoso, singular y escenario de historias fantásticas. Alejandro Dolina narra en *Crónicas del Ángel Gris* la aventura de Manuel Mandeb, una noche frustrada

en la que el grupo que se dirigía a una fiesta termina perdido en las calles de Parque Chas. El interlocutor al que Manuel Mandeb se dirigió para preguntar cómo salir del barrio terminó confesando que nunca había logrado salir y que no debió haber dejado su Villa Crespo natal. Esas historias de Alejandro Dolina dieron lugar también a una historieta memorable que se llamó Parque Chas, publicada en la revista *Fierro*, en la que el barrio asume planos de historias fantásticas y de mundos paralelos.

Cuando Gustavo Cape y Fernando Chirelli nos dijeron que las grabaciones transcurrirían en un estudio ubicado en el mítico barrio de Parque Chas, era previsible que lo que ocurriría sería lindante con la ficción o la irrealidad de los universos televisivos. Allí, para quienes son poco conocedores del mundo de la producción audiovisual, todo resulta aprendizaje y vértigo. Transeúntes desprevenidos venidos del interior de la Argentina profunda. Se trata de que todo lo planificado y pensado seiba a poner en juego en el hacer del momento.

En el estudio de grabación se conjugó el ensamble de los especialistas. Gustavo Cape, Fernando Chirelli y Silvana Ercolano fueron quienes dirigían las secuencias, intervenciones, ritmos, videos pregrabados, conexiones por zoom, nombre de las personas asistentes al estudio, gestión de la impaciencia de quienes estaban esperando su intervención por videollamada, armado constante de las escenografías, pla-

nos de cámaras, ritmos de las conversaciones, etc, etc. Pocas veces perceptible tanto profesionalismo.

La sala de grabación fue el ámbito de expansión plena de JasonMayne y de Verónica Luchessi, motores de la cadencia sostenida de cada conversación. La fluidez, el ritmo, el humor, la agudeza, la distensión, la consistencia de saber de qué hablar y cómo preguntar fueron algunas de las potencialidades puestas en acción. Los diálogos amenos entre Jason y Julieth dieron el tono juvenil que las Jornadas no podrían haber tenido de otro modo.

El estudio de Parque Chas tuvo también un rincón magnético, frenéticamente visitado, en el que las charlas y las risas bailaban con embrujo gitano. El camarín de maquillaje de Martín (Gato) Blanco o @martin.blanco.makeup. El dominio de la técnica, el brillo, la juventud, las lozanías que su trabajo reflejaba como juegos de espejos, hicieron de él el personaje más popular. Cuando el arte toma forma, la pertinencia de la creatividad vaga como un pincel recorriendo la paleta de colores.

Los módulos y los conversatorios

Para la diagramación de los contenidos de las Jornadas el equipo de organización debatió sobre cuáles serían los temas que se abordarían en cada una de las ocho emisiones de cada encuentro. Esa ubicación de ejes temáticos buscaba estar también en consonancia con los tiempos que corren. Prioridades actuales, transformaciones, problemáticas más agudas de los sistemas judiciales, en suma, un marco de criterios en torno a los cuales se buscó representar la compleja y acuciada agenda del asociacionismo judicial.

Una característica que asumió la producción de contenidos es que los módulos temáticos fueron asumidos, en su mayoría, por presidentes de Colegios y Asociaciones, y desde sus lugares de procedencia, se fueron convocando personalidades e invitados e invitadas a exponer sus puntos de vista. Sin este esfuerzo colectivo que desde el interior de FAM cada responsable de módulo llevó adelante, las Jornadas no hubieran sido posibles. Así pasamos a tener un micromundo



Viviana Taboada y Fernando Chirelli en el set



de módulos que se iban elaborando en consonancia con un Fernando Chiarelli que iba acompañando formatos, duración de las intervenciones y tips para la preparación de videos, como así también los listados de quiénes asistirían por módulo a la grabación en vivo en el estudio y quiénes estarían a través de video llamada.

En la apertura del día 13 de septiembre participamos el entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Carlos Rosenkrantz, el Presidente de la Federación Latinoamericana de Magistrados Walter Barone, la Presidenta de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia Dra. María del Carmen Battaini y quien escribe estas líneas como Presidente de FAM. Es destacable la presencia de todos los presidentes y presidentas de las Asociaciones y Colegios que componen FAM en el acto de apertura, tanto de forma presencial como a través de la participación virtual.

A continuación de la apertura tuvo lugar el primer módulo referido a Independencia Judicial, núcleo temático estratégico del asociacionismo en el contexto actual. Formó parte, entre otras personalidades, el Dr. Horacio Rosatti actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Presidente de la Unión Internacional de Magistrados (UIM) José Igreja Matos, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marcelo Gallo Tagle (Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional) José Luis Lasalle (Presidente de FACA). También formaron parte de un panel sobre el tema Marcela Ruiz, Gabriela López Arango, Eduardo Barrionuevo, Gustavo Salvador, Roberto Dellamónica, Carlos Rolero y Pablo Lazzeri.

El día 14 de septiembre tuvo lugar el módulo sobre Violencia de Género cuya organización correspondió a Viviana Tafoada Secretaria de Políticas Judiciales de FAM y Presiden-

ta del Colegio de Magistrados y Funcionarios de Formosa. Intervinieron Dora Barrancos, Cristian Fabio y Victoria Aguirre, integrante de la asociación Mumala.

El módulo de Gestión Judicial tuvo lugar el día 20 de septiembre estando a cargo de Silvina Furlotti presidenta de la Asociación de Magistrados de Mendoza y Directora del Instituto de Estudios Judiciales de FAM. Tuvo destacadas intervenciones entre las que pueden mencionarse la de María del Carmen Battaini, Luis Palma, Héctor Chayer, Hugo SaaPetrino, Diego Derewicki, Darío Bermejo, Ana Clara Pauletti, Roberto PagesLloveras, Sergio Consentino,

En el módulo de Resiliencia participaron Carolina Pangia, María José Caviglia y Alejandra Wulfson junto a Javier Bajer, Pedro Saborido y Mario Adaro. Un módulo que contó con la organización a cargo de Kevin Lehmann. Tuvo lugar el 21 de septiembre.

En materia de formación judicial la responsabilidad recayó sobre Silvana Chiapero, Presidenta de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Córdoba quien contó con la valiosa colaboración de Mónica Puga. Se desarrolló este módulo el 27 de septiembre. Formaron parte destacada de esta presentación María del Carmen Battaini, Jorge JimenezMartín -como Director de la Escuela Judicial de Barcelona-, Fabio Tarasow -responsable del Proyecto de Educación y Nuevas Tecnologías de Flacso-; Víctor Vélez – ex Presidente de FAM y director del Instituto de Estudios de la Magistratura de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Córdoba-, además de destacados integrantes del mismo instituto. Participaron también Rodolfo Vigo y HernanBotta como exponentes de la relación entre mundo universitario y formación judicial.

El módulo de Ética Judicial estuvo a cargo de Luz Masferrer, Secretaria de Defensa de la Magistratura de FAM y



Presidenta del Colegio de Magistrados y Funcionarios de Corrientes. Destacó la presencia de Elena Martínez Rosso, David Ordoñez Solís, Armando Andruet, Eduardo Fernández Mendía, Analía Durand y Hugo González Elías. Musicalmente hablando, Melina Llodrá nos ofreció una suite de compliance.

El día 4 de octubre se desarrolló el módulo de Toma de decisiones a cargo de Marcela Ruiz, Vicepresidenta 1ra de FAM y Presidenta de la Asociación de la Magistratura y la Función Judicial de Tucumán. Colaboró con esa organización Mario Chaumet. Tuvieron participación Iñaki Vicuña –Director del CENDOJ del Poder Judicial de España- Pamela Tolosa y Víctor Rodolfo Trionfetti.

El 5 de octubre concluyeron las Jornadas con el módulo de Juicio por Jurados que tuvo por base la incomparable grabación que se elaboró en Tucumán sobre la secuencia de un juicio por jurados. Tuvieron a cargo este módulo Gustavo Salvador, Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Santa Fe y Sandra González Taboada presidenta de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Neuquén. Formaron parte de esta intervención Richard Trincheri, Carolina Carballido Calatayud, Mariana Maldonado, Nicolás Ceballos, Juan Pablo Farall. La conversación fue un detenido y observador recorrido, seccionando las partes y tramas de cada etapa del juicio por jurados.

El mismo 5 de octubre tuvimos la conferencia de clausura de las Jornadas a cargo del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti, sobre “El razonamiento judicial en casos difíciles”. Fue una exposición que condensó la mayor parte de la realidad judicial argentina, sus tensiones, necesidades y fortalezas, pasando revista a



los desafíos de la conflictividad vistos desde las decisiones que tuvo que adoptar el Máximo Tribunal de la Nación, garante último del Estado de Derecho.

Los conversatorios públicos tuvieron lugar los días jueves 16, 23 y 30 de septiembre y viernes 1 de octubre por la tarde y se ocuparon de los temas Abusos intrafamiliares, Responsabilidad Penal Juvenil, Cobertura de medicamentos y Dinámicas y problemáticas de las Adopciones. Para poder facilitar la interacción con los asistentes aquí sí se acudió a exposiciones de panelistas y diálogos a través de la plataforma zoom. Estuvieron organizados por Marcelo Molina, Natalia Giombi, Mónica Klebcar y Valeria Brand, respectivamente.

La trama y el suspenso en un juicio por jurados

Una de las producciones de mayor calidad artística y recursos en danza que tuvieron las Jornadas fue la simulación de un Juicio por Jurados. Llevar un simulacro de juicios por jurados a un material audiovisual requería que la representación no se atenga a los tiempos reales sino que la dramatización plantee los ritmos abreviados de cada parte del sistema de jurados de modo visual, ameno y atrapante.

Para ello se contó con todo el apoyo que brindó la Asociación de la Magistratura y la Función Judicial de Tucumán, a través de Marcela Ruiz. Esta facilitación permitió la intervención de Juan Pablo Farall quien tuvo como parte del equipo de organización, a la distancia, a Gustavo Salvador y Sandra Gonzalez Taboada. Juan Pablo desde su niñez estuvo ligado al mundo del teatro, hijo de un amante de las tablas que lo llevaba a ver sus ensayos y presentaciones teatrales y que le permitió formarse en la universidad como actor, docente

y director de teatro. Paralelo a esto, muy joven comenzó a trabajar en el Poder Judicial de la provincia de Tucumán, a los 19 años, luego estudio la carrera de abogacía mientras trabajaba y construía su familia. Así pudo entrelazar ambas carreras y pasiones.

En palabras de Juan Pablo Farall, la idea de llevar a lo audiovisual una puesta teatral de un juicio por jurados que tenía que ser filmada con una mirada cinematográfica, implicaba un desafío que se pudo lograr gracias al equipo de trabajo que se formó. Los participantes del elenco fueron personas que en un juicio real ocuparían casi todos los lugares que ocuparon en este simulacro, ya que el Juez del simulacro es juez en la realidad, los defensores y fiscales también lo son, el jurado no tenía conocimientos de derecho, pero los testigos fueron actores, algo muy necesario para el funcionamiento y la dinámica de la puesta teatral.

La Dra. Silvina Furlotti, el Dr. Ariel Ariza y la Dra. Soledad Ortiz



El proceso que se vivió en los dos meses de armado hasta tener el simulacro listo para las Jornadas, fue llevado a cabo con mucho entusiasmo, ya que cada integrante del grupo sabía que aportaba todo su potencial. Había un caso y la Fiscalía y Defensa tenían sus estrategias que no eran conocidas por nadie, ni siquiera por mí. El juez debía guiar el debate transitando las partes del Juicio y los actores declarar improvisando cuando se realizaba el contraexamen a los testigos, ya que sólo estaba pautado el esquema de los momentos del juicio y no lo que podía ocurrir actoralmente (la consigna era no actuar) y menos lo que ocurriría en el resultado final.

El jurado sabía lo que estaba por vivir, ya que se le había explicado previamente, además de las instrucciones iniciales. La deliberación por supuesto fue secreta y el veredicto sólo se supo al final, sin filtraciones antes de que la presidenta del jurado lo diga en la sala.

Las interesantes “internas” por ganar el caso de los fiscales y defensores en cuanto a acordar cuestiones que serían usadas en las estrategias para cumplir con sus objetivos es algo a destacar, ya que estaban entusiasmados como si fuera el juicio más importante de sus vidas. El compromiso de los hacedores del juicio en el lenguaje audiovisual los definió como verdaderos caballeros.

Pelotas del jurado: luego de una charla con varios de ellos, una vez finalizado el simulacro, manifestaron que la experiencia los hacía entender lo difícil que es decidir si una persona es o no culpable del delito que se le imputa y lo tremendo que es estar en ese lugar de decisión, que se sentían mejores personas por haber formado parte de la decisión final y que sentían una satisfacción especial por entender que el pueblo se involucró en sus propios intereses.

Este material de gran valor artístico, de contenidos, pedagógico y de refinada cultura cívica, elaborado con incomparable calidad técnica, se encuentra disponible para ser visto en el canal de Youtube de FAM, “Prensa FAM”.

Los apoyos

Ningún proyecto de estas características puede llevarse a cabo sin las voluntades y el talento grupal que le dieron sustento. Tampoco podría haberse realizado sin los apoyos que brindaron RubinzalCulzoni, Grupo San Cristóbal, el Banco Municipal de Rosario, Banco Credicoop y Telecom Argentina. Apoyos que tuvieron su correlato igualmente en el grupo humano de FAM, al frente del cual Valeria Vaccaro lideró todas las tareas de logística, con estelares intervenciones en vivo en los módulos. Todo lo que podamos reconocer al trabajo de Franco Cardigni y de Franco Casiello por estos días de vértigo será poco para expresar cuánto las Jornadas les deben a su labor comprometida y silenciosa.

De las Jornadas ha quedado un registro de archivos y segmentos que permite aprovecharlas o revivirlas en una suerte de presente continuo. Las conversaciones envolventes siguen favoreciendo la experiencia inmersiva de conocer qué se hace cotidianamente en los espacios de las justicias provinciales en nuestro país en materia de independencia, violencias, formación, gestión, ética judicial, transformaciones e incorporación tecnológica, toma de decisiones y juicio por jurados. El material de las Jornadas, en sus módulos completos y en las secciones de sus cortes, permite ver en una biblioteca digital cómo sus operadores y operadoras de todos los roles y los referentes de distintos espacios de pensamiento constantemente valoran el rol de las justicias independientes para vivir en democracia.

El modo de Jornadas presenciales que era habitual antes de la pandemia, que describíamos al comienzo de esta nota, es altamente probable retorne pronto a los hábitos de nuestros espacios. Constituirá seguramente un desafío ver cómo se recuperan los encuentros presenciales, los abrazos y las recepciones de la organización y se mantiene a la vez, la participación de la ciudadanía a nuestro lado. Será un propósito que las Jornadas preserven la dinámica y variedad de los formatos en pantallas de celulares, ta-

blets y computadoras conectadas a lo largo y a lo ancho de nuestro extenso territorio, que sea factible la participación abierta y la posibilidad de ser asistente a las Jornadas Científicas con la sola condición de ser habitante del país. A todos y todas quienes formamos parte de este encuentro

que fueron las XXVI Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, a toda FAM, a las ciudadanas y ciudadanos que nos acompañaron, a quienes aún no llegamos, les propusimos, les proponemos, que su acto de clausura no implique un punto sino una coma. ■



En una pausa durante la emisión



Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe



Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

myf