



COLUMNA DE OPINIÓN

Diputados sentados vs. conectados: ¿cuál es el quórum?

Bernardo Carlino (*)

Adelantamos nuestra opinión, que fundamentaremos a continuación: el quórum es el que resulta de la suma de los presentes físicos y remotos, debidamente legitimados. La utilización de recursos multimedios de reunión simultánea es admitida por las leyes especiales y el Código Civil y Comercial para facilitar la concurrencia de los miembros de órganos colegiados, en igualdad de derechos y obligaciones.

Para el cómputo del quórum de constitución y de voto, las discriminaciones entre los distintos modos de presencia —física y remota— vulneran este principio y son ilegales. En ningún caso la adopción de un sistema de acceso excluye al otro o supedita la acreditación de mayorías a alguno de ellos.

I. Las reuniones multimedios

Entre las personas jurídicas privadas, las reuniones multimedios no reguladas por las leyes especiales —como por ejemplo en el caso de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)— han sido previstas en el art. 158 del Cód. Civ. y Com., en pos de facilitar la concurrencia a las reuniones de los órganos de administración, gobierno y control. En el caso de ese tipo societario, el art. 51 de la ley 27.349 dispone que “las reuniones del órgano de administración podrán realizarse en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos”, como así también que la citación a reuniones y la información sobre el temario que se considerará podrá realizarse por medios electrónicos, debiendo asegurarse su recepción.

CONTINÚA EN PÁGINA 6

El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad

Juan Carlos Cassagne (*)

SUMARIO: I. Aproximación al tema.— II. La estructura del ordenamiento.— III. El principio de razonabilidad.— IV. El concepto de arbitrariedad.— V. La interdicción de arbitrariedad en el derecho argentino.— VI. El principio de proporcionalidad.— VII. Conclusiones.

→ El principio de razonabilidad se configura en el derecho moderno como una suerte de metaprincipio que alberga diferentes principios como la igualdad, la protección del contenido sustancial de los derechos, la interdicción de arbitrariedad y el principio de proporcionalidad. De acuerdo con esa categorización, no puede menos que decirse que se trata de un principio universal enraizado en el Estado de derecho y orientado, por tanto, a la protección de las libertades y demás derechos fundamentales o humanos de los ciudadanos.

I. Aproximación al tema

En el presente trabajo nos proponemos analizar el principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad desde la perspectiva del derecho público argentino y comparado, particularmente en lo concerniente a su inserción en la materia administrativa y constitucional.

Al realizar este análisis, principalmente dogmático, tomamos como base una de las corrientes filosóficas del iusnaturalismo moderno, denominada Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN), encabezada por John Finnis, articulada sobre el reconocimiento del carácter eminentemente práctico del derecho (principios de la razón práctica) en un contexto positivo, donde se impone el respeto de los bienes y necesidades humanas básicas, con fundamento en la justicia y en la dimensión moral del derecho (1).

Desde esa óptica, este ensayo se inscribe en la dogmática del proceso de constitucionalización del derecho administrativo vinculado a la primacía de los principios generales del derecho, tendencia incompatible con el

activismo judicial que despliegan algunos de los cultores del llamado neoconstitucionalismo, cuyos excesos han sido objeto de autorizadas críticas doctrinarias (2), tendencia que, sin embargo, no ha llegado a cuajar en una teoría interpretativa o argumental del derecho lógica y jurídicamente aceptable, según lo han puesto de relieve Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, entre otros (3).

El abordaje de la razonabilidad se ha efectuado, por lo general, como una técnica vinculada al control de legalidad o constitucionalidad de los actos administrativos y de las leyes. Salvo excepciones (4), la dogmática jurídica no ha reparado en su condición de principio general del derecho ni extraído de esa cualidad las consecuencias que corresponden por su ubicación entre las fuentes del derecho, habiendo incluso ordenamientos que no le reconocen supremacía sobre las leyes.

Esa falencia, producto quizás de las ideas que ha sembrado el positivismo legalista durante el siglo XX, no ha ocurrido, sin embargo, en todos los países, en los que, ya fuere por obra de la jurisprudencia de los jueces y de los órganos encargados de ejercer el control de legalidad sobre los actos estatales (v.gr., el Consejo de Estado de Francia) y la constitucionalidad de las leyes, o bien por influencia de la doctrina sobre la jurisprudencia, se ha reconocido a los principios generales, desde hace muchos años, una franca superioridad sobre las normas positivas.

La problemática que se plantea requiere algunas puntualizaciones previas, en lo que concierne al lenguaje jurídico y al contenido de los conceptos que utilizamos en este trabajo al referirnos a la estructura del ordenamiento.

II. La estructura del ordenamiento

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios (5). Suele decirse que las normas representan la faz positiva del ordenamiento, a cuya cabeza se encuentra la Constitución como norma suprema y obliga-

toria (art. 31, CN). En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero qué es una norma y qué constituye un principio jurídico (6). La tarea, si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad ante las múltiples concepciones y definiciones existentes (7), resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, cabe advertir que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal, habida cuenta de que es posible crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial, y algo similar acontece con los principios que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

Hay también una jerarquía entre las normas. La norma constitucional prevalece sobre la que tiene su fuente en la ley, y lo mismo acontece con respecto a las normas de los tratados que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), que son obligatorias y vinculantes, al igual que los principios que prescriben.

II.1. Las normas

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) la descripción del supuesto de hecho, b) el mandato vinculante; y c) la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma, que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de norma y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, en el derecho penal, el mandato suele hallarse implícito (8) y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (v.gr., el interés público) (9), que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica. También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN

Diputados sentados vs. conectados: ¿cuál es el quórum?

Bernardo Carlino 1

DOCTRINA

El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad

Juan Carlos Cassagne 1

NOTA A FALLO

La necesaria amalgama entre celeridad y previsibilidad

Francisco Feced Abal 7

JURISPRUDENCIA

NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. Facultades ordenatorias del juez. Favorecimiento de los principios de celeridad y economía procesal. Utilidad frente a la emergencia sanitaria. Disidencia (CContencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires) 7

El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad

● VIENE DE TAPA

sanciones de naturaleza penal (o de actos de gravamen, en general), el poder de utilizar la facultad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto, la atribución legal o reglamentaria de la discrecionalidad de la Administración se encuentra sometida siempre a un control judicial pleno y efectivo para garantizar los derechos de las personas, que es el fin principal de la separación de los poderes.

II.2. Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas “con similar propósito de precisión” (10), los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción (11) que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o, a falta de este, en su aplicación al caso concreto (12). Los principios carecen de supuestos de hecho (13), los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores, en el sentido de que, mientras estos últimos no permiten especificar

los supuestos en que se aplican ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción (14) y resultan vinculantes o exigibles. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin, en cuanto apunta a un estándar —que, al igual que el principio, debe ser observado—, pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad. Cuando nos referimos al valor no lo hacemos en el sentido de algo útil, sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo que resulta estimable por su cualidad intrínseca, que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de este con la ley natural.

En el plano jurídico, la diferencia entre valor y principio dista de ser clara, pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse —por ejemplo— que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles? (15). En suma, todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (v.gr., la amistad).

Aunque el positivismo no desconoce los valores (ni, por ende, la moral), ellos son sacados, arbitrariamente, del sistema jurídico, al que solo concibe integrado por normas positivas.

La depuración que pretendió hacer el positivismo (por eso Kelsen denominó a su concepción “teoría pura”), negando toda relación entre el derecho positivo y el derecho natural, adolece de graves fallas filosóficas, históricas y metodológicas, que recién en este siglo han sido objeto de una refutación completa (16) de parte del iusnaturalismo (a través de la NEDN).

necientes al derecho administrativo. La circunstancia de que el art. 1º del Cód. Civ. y Com. no incluya a los principios generales entre las fuentes del derecho y que su art. 2º les asigne una función interpretativa no obsta a que constituyan, en el plano de la justicia material, una real fuente del derecho alojada en la base del ordenamiento, prevaleciendo sobre las normas aun cuando no tuvieran recepción positiva en la Constitución. Uno de los ejemplos paradigmáticos de este aserto es el principio de la confianza legítima que utiliza la jurisprudencia, incluso la de la Corte Suprema, sin que haya tenido recepción positiva ni en la Constitución ni en las leyes.

(7) Véase VALIM, Rafael, “O principio de segurança jurídica no direito administrativo brasileiro”, Malheiros, São Paulo, 2010, ps. 35 y ss.

(8) El art. 79 del Cód. Penal prescribe: “se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena”. El supuesto de hecho es la acción de matar a otro (se entiende, a una persona); la consecuencia o sanción jurídica, la pena de reclusión o prisión, y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos, aun cuando prescriben también mandatos positivos, como en los llamados delitos de omisión, en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (v.gr., el delito de abandono de personas prescripto en los arts. 106 y 108 del Cód. Penal).

(9) Véase RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar”, Ed. Iustel, Madrid, 2012, ps. 97 y ss.

(10) Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo uruguayo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, Netbiblo, La Coruña - Junta de Castilla y León, 2007, ps. 595-596; VIGO, Rodolfo L., “Los principios generales del derecho”, JA 1986-III, 864.

(11) Para De Diego, la abstracción de los principios es superior a la de las normas, correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prác-

De ese modo, el afán depurador del positivismo kelseniano no da cabida al principio democrático dentro del sistema constitucional. En efecto, si bien Kelsen reconocía a la democracia como un valor, algo que pertenece a su propia esencia, al sostener que la democracia constituye la expresión del relativismo (17) y al no atribuir a la democracia la condición de un principio general del derecho (Kelsen no aceptaba incluir a los principios generales del derecho entre las fuentes del ordenamiento) superior a las leyes, termina legitimando cualquier régimen autoritario (nazismo o fascismo) que fuera elegido por la mayoría del pueblo, ya que, siendo todas las verdades relativas, no era posible deslegitimar —en el plano de su teoría— un régimen positivo cuyas teorías y prácticas políticas resultan contrarias a la ley natural (que impone, entre otros, los mandatos de no matar, no torturar, no dañar bienes ajenos, etc.). En esta concepción no caben derechos absolutos, como el derecho a la vida.

A su vez, uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón (18) radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asigna plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica (19) que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho para crear una situación, ya fuera de gravamen o de ventaja, respecto de un particular.

II.3. El carácter preceptivo o vinculante de los principios

Buena parte de la doctrina moderna participa de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas Constituciones. Incluso, los principios contenidos en el Preámbulo se consideran operativos. Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos fundamentales o humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización, cuando en realidad ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por Dworkin.

La mayoría de los principios generales son mandatos de aplicación imperativa, ya sean negativos o positivos, y existen principios que generan derechos humanos que tienen primacía absoluta sobre otros, como el derecho a la vida, que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible, porque lo óptimo es la realización plena del principio.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

(1) Véase: MASSINI CORREAS, Carlos L., “Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, ps. 35 y ss.

(2) VIGO, Rodolfo L., “Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, ps. 277 y ss.

(3) Desde luego, no todos los que se autocalifican como neoconstitucionalistas son pasibles de la crítica, sino solo los que despojan al derecho positivo vigente de toda virtualidad y obediencia, etc., y predicen la existencia de una supuesta teoría no articulada en esquema lógico formal alguno, potenciando al extremo la labor creativa de los jueces. En cambio, el denominado principialismo, como fenómeno del cambio del sistema de las fuentes, no es pasible de esa crítica, aunque hayan adoptado el concepto de algunos prestigiosos publicistas latinoamericanos como DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo y derecho administrativo”, Ed. La Ley, Montevideo, 2012, ps. 30 y ss.

(4) LINARES, Juan F., “Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970, 2ª ed. actualizada, ps. 3 y ss.

(5) Para un sector de la doctrina española, el ordenamiento se integra también con elementos no normativos de naturaleza sociológica (comportamientos, convicciones sociales, etc.), véase: REBOLLO PUIG, Manuel, “Los principios generales del derecho. Atraviesamiento atribulado sobre su concepto, función e inducción”, ED del 10/06/2015, *Supl. Derecho Administrativo*, Buenos Aires.

(6) Al referirnos a los principios jurídicos, entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los perte-

tivos, y en un pasaje del Prólogo que hiciera a la obra de Del Vecchio afirma: “Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a este pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la encierran y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados” (DEL VECCHIO, Giorgio, “Los principios generales del derecho”, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, ps. 6-7).

(12) Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo...”, ob. cit., p. 88.

(13) PRIETO SANCHÍS, Luis, “Constitucionalismo y positivismo”, UNAM - Fontamara, México, 1997, 2ª ed., ps. 30-31.

(14) PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1991, 4ª ed., ps. 286 y ss.

(15) BELADIEZ ROJO, Margarita, “Los principios jurídicos”, reimp., Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 1ª ed., ps. 75 y ss.

(16) FINNIS, John, “Ley natural y derechos naturales”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, trad. de Cristóbal Orrego S., ps. 39 y ss.

(17) KELSEN, Hans, “Esencia y valor de la democracia”, Ed. Labor, Barcelona - Buenos Aires, 1934, trad. del alemán por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lecambra, ps. 143 y ss., especialmente ps. 153 y ss.

(18) Conf. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, 2ª ed., ps. 72-73, donde señala: “En la mayoría de los casos usaré el término

‘principio’ en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera”.

(19) Dworkin sostiene: “Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces, no aporta nada la decisión”.

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que, más que de principios, se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución.

Dadas las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico, suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos, y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos, pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad de sentidos del término. Solo el conocimiento teórico-práctico permite saber en qué sentido el juez o el legislador han empleado el concepto (v.gr., como principio, derecho o garantía) y si el término “derecho” que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (p. ej., lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

III. El principio de razonabilidad

La búsqueda del contenido y de los requisitos del principio de razonabilidad está erizada de dificultades interpretativas y poblada de confusiones doctrinarias y jurisprudenciales que provienen de diferentes concepciones filosóficas y dogmáticas jurídicas.

En la ciencia del derecho, la idea de razonabilidad aparece conectada con la necesidad de encontrar una razón suficiente que justifique la conducta estatal, y en este sentido se ha dicho que “esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento se da y de verdad, cuando tiene fundamento de justicia” (20).

La necesidad de una justificación racional de los actos estatales encuentra fundamento en la causa final del Estado, que no es otra que la de realizar el bien general de todos los integrantes de la comunidad a través de la justicia. Así, lo razonable de la acción estatal se encuentra subordinado a la justicia, y son precisamente esos criterios de justicia, y aun de equidad, los que tienden a mantener el equilibrio, la igualdad y la consecuente proporción en las prestaciones a cargo del Estado, además de otros valores significativos, como el orden, la paz y la solidaridad social.

Una visión inicial del principio de razonabilidad no puede desprenderse de la lógica formal que debe traducir todo juicio, la cual no debe confundirse con la técnica de la argumentación, que, regida por las reglas y criterios de la dialéctica o de la retórica, permite establecer la verdad o falsedad de las premisas y las conclusiones.

También se han señalado las dificultades que existen para distinguir la razonabilidad de la proporcionalidad, y que en un sentido amplio basta con expresar “...que la razonabilidad, por un lado, importa la concurrencia de razones que sostengan una vinculación entre medios y fines, mientras que la proporcionalidad, por otro lado, implica una ecuación entre ventajas y desventajas o beneficios y perjuicios, restricciones y realizaciones...” (21).

Nos parece que la separación entre ambos principios a la luz de la realidad es mucho más compleja, pues, aparte de una relación de género-especie, los respectivos núcleos de los conceptos jurídicos se superponen, no solo entre ellos, sino con otros principios generales del derecho o meramente sectoriales del derecho administrativo.

Todo lo expuesto revela la necesidad de reformular la teoría sobre el principio de razonabilidad de modo que armonice con el sistema de cada país y el mundo de la filosofía práctica.

La argumentación jurídica está en el foco de la razonabilidad, pues configura una práctica racional que requiere determinar cuáles son los criterios que justifican la actividad estatal (ya sea administrativa, legislativa o judicial). Se trata de exigencias de validez jurídica o de requisitos requeridos para la justificación de un acto estatal que pertenecen a la llamada teoría de la argumentación. En este campo, los filósofos del derecho dedican mayor atención al control de la actividad judicial que a las demás funciones materiales del Estado (administrativa y legislativa), en las que existen razones similares que ameritan la necesidad de justificar la actuación estatal.

Por otra parte, aun cuando los principios básicos de la lógica ocupan un lugar inexcusable en el razonamiento jurídico (no contradicción, identidad, tercero excluido, razón suficiente), ellos son necesarios, pero resultan insuficientes a la hora de justificar racionalmente una decisión estatal.

La cuestión ha sido objeto de profundos estudios en el campo de la filosofía del derecho, cuyos autores se han ocupado de la justificación racional de la legislación (22) y de las sentencias de los jueces (23), y muy poco de la actividad de la Administración, que se expresa a través de actos administrativos de alcance individual.

Esos requisitos de justificación racional se extienden a la actividad jurisdiccional y reglamentaria de la Administración, pero, en otros casos, ellos precisan adaptarse a las peculiaridades de la función material que cumple la Administración.

De ese modo, en numerosas actividades administrativas la decisión racional aparece predeterminada por la técnica (las órdenes de tránsito que dan los semáforos), y en otras, resulta irrazonable o imposible exigir-la (una orden policial para desviar el tráfico a raíz de un incendio). Empero, de esas si-

tuaciones en las que se desplaza la exigencia de motivación no se desprende que las decisiones administrativas puedan dejar de ser racionales, aunque no fuera posible cumplir con el requisito formal de la motivación.

Lo expuesto resulta de gran interés en la práctica administrativa, habida cuenta de que el principio de razonabilidad ha tenido recepción en los ordenamientos que regulan el procedimiento administrativo en los países de Iberoamérica, como lo ha señalado Brewer-Carías en un trabajo específico sobre el tema (24).

Entre esos ordenamientos se destaca la prescripción contenida en la ley peruana, en cuanto dispone que “las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen informes, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido” (25).

En cualquier caso, tratándose de actos administrativos, no hay que confundir el sustrato de la razonabilidad, que constituye la causa y el fin del acto administrativo, con su motivación, que es un requisito formal referido a la expresión de la causa y el fin (los motivos) que persigue la decisión administrativa (26).

III.1. Trascendencia y peculiaridades del principio de razonabilidad

La vigencia del principio de razonabilidad, como principio general del derecho, se impone por su carácter universal e informador y por hallarse en la base del ordenamiento.

Dado que el núcleo de la razonabilidad se vincula a la justicia y a la circunstancia de que esta ha sido concebida desde la filosofía clásica (Aristóteles y Santo Tomás) hasta en el moderno iusnaturalismo como una relación de igualdad, no es de extrañar que la jurisprudencia (particularmente la norteamericana y la de nuestra Corte Suprema hasta época reciente) haya asimilado ambas nociones (igualdad y razonabilidad).

En este sentido, una de las corrientes aplicativas del principio de razonabilidad se orientó por relacionar su violación dentro del llamado debido proceso sustantivo del derecho norteamericano, que, de última, capta el principio dentro de dos especies de razonabilidad: en la selección y en la ponderación (27). A su vez, el criterio del balance de conveniencia que es utilizado para determinar la razonabilidad de la ponderación en la obra de Linares guarda analogía con uno de los tres subprincipios del moderno principio de proporcionalidad (el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto) (28), que se verá más adelante.

La circunstancia de que la razonabilidad haya tenido origen jurisprudencial en el de-

vido proceso (adjetivo y sustantivo) del derecho norteamericano, en el que no aparece claro el deslinde entre los aspectos procesales (garantía de la defensa) y los de fondo o sustantivos (garantía de la igualdad de los derechos), ha generado no pocas confusiones en cuanto al fundamento en el que debe basarse la declaración de inconstitucionalidad de un acto, norma o sentencia.

Lo cierto es que la razonabilidad constituye una suerte de metaprincipio general del derecho, abarcativo de otros principios como la igualdad, la protección del contenido sustancial de los derechos, la interdicción de arbitrariedad y el principio de proporcionalidad.

Hasta se ha acudido, en la legislación argentina y comparada clásicas, a la locución de lo “justo y razonable” (29), llegándose a asimilar lo justo a la justicia conmutativa y lo razonable a la justicia distributiva, lo que a nuestro juicio implica un enfoque erróneo, dado que ambas especies de justicia se relacionan con la igualdad, aun cuando la relación intersubjetiva que genera lo debido se mida según una proporción distinta (que en la distributiva es geométrica), teniendo en cuenta, además, que, siendo categorías de la justicia particular, la justicia distributiva no puede consistir, exclusivamente, en la justicia del gobernante (30), perteneciendo ambas especies a la justicia general o legal (31). La razonabilidad no es un criterio de distinción entre la justicia conmutativa y la distributiva, ya que, en ambas especies, la razonabilidad es una exigencia de la justicia, con la que se asimila (32). Se trata, nada más y nada menos, de la aplicación correcta de la teoría de la justicia de origen aristotélico y perfeccionada por Santo Tomás, según la cual la justicia consiste siempre en una proporción que guarda conformidad con la razón, teniendo en cuenta que la primera norma de la razón son los principios evidentes de la ley natural (lo primero: *hacer el bien y evitar el mal*).

Desde esa visión, es posible optar por un sentido amplio de razonabilidad que resulte comprensivo de una amplia gama de principios generales del derecho, en cuanto todos se originan en un núcleo común representado por la justicia (p. ej., protección del contenido sustancial de los derechos constitucionales, de la igualdad, prohibición de arbitrariedad, proporcionalidad, etc.) como razón suficiente, y otro sentido más restringido, que la identifica estrictamente con el principio de proporcionalidad (Alexy), de raigambre doctrinaria y jurisprudencial (33), que se integra con los tres conocidos subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto), el cual no resulta totalmente opuesto (34) al concepto amplio de razonabilidad antes señalado.

III.2. Los requisitos de justificación racional

La moderna cultura iuspublicista, que se ha ido gestando a través de la evolución operada en las instituciones del Estado de derecho (en sus diferentes versiones o mode-

{ NOTAS }

(20) LINARES, Juan F., “Razonabilidad de las leyes...”, ob. cit., p. 108.

(21) CIANCIARDO, Juan - ROMERO, Maximiliano J., “Limitación a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”, en RIVERA, Julio C. (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 426.

(22) ATIENZA, Manuel, “Contribución a una teoría de la legislación”, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 95.

(23) VIGO, Rodolfo L., “Interpretación (argumentación) jurídica...”, ob. cit., ps. 249 y ss.

(24) BREWER-CARÍAS, Allan R., “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley

de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27.444)”, en *Derecho UCP. Revista de la Facultad de Derecho*, nro. 67, Lima, 2011, ps. 47 y ss., puntualiza la importancia del control de razonabilidad para limitar los excesos del poder discrecional de la Administración en distintas legislaciones latinoamericanas.

(25) Art. 4.1.4, ley 27.444 de Procedimiento Administrativo General de Perú.

(26) Vid. nuestro “Acto administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 3ª ed., ps. 243-248.

(27) LINARES, Juan F., “Razonabilidad de las leyes...”, ob. cit., ps. 111-125.

(28) *Ibidem*, p. 116.

(29) BIELSA, Rafael, “La locución ‘justo y razonable’

en el derecho y en la jurisprudencia”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas*, Santa Fe, 1938, ps. 5-18.

(30) Cfr. FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., ps. 243 y ss., opinión que venimos sosteniendo desde nuestras primeras aproximaciones al tema; véase nuestro libro *Los grandes principios del derecho público (constitucional-administrativo)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 28 y ss.

(31) Véase MASSINI CORREAS, Carlos I., “Jurisprudencia analítica y derecho natural...”, ob. cit., p. 141; señala al respecto que, conforme a la interpretación finnisiana, “el esquema tomista de la justicia resultaría el siguiente: la justicia general, que sería en rigor toda

justicia, se subdividiría en dos especies particulares, la distributiva y conmutativa, que tendrían aplicación entre personas y grupos particulares como en las que tienen al Estado como uno de sus términos”.

(32) El propio Bielsa así lo reconoce en “Estudios de derecho público”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 485, cuando dice que lo razonable es aquello arreglado y justo, conforme a la razón.

(33) Véase BLANKE, Hermann-Josef, “El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano”, RDA 69-603, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, especialmente ps. 610 y ss.

(34) ABERASTURY, Pedro, “La justicia administrativa”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 118.

los), exige que las acciones del poder público deban ser racionalmente justificadas o motivadas. Esta exigencia hunde sus raíces en el derecho natural histórico, que se inclina por el gobierno de la ley y no el de los hombres (en el antiguo derecho español se decía que era mejor que mandase la ley y no el buen Rey) y se traduce en la necesidad del imperio de la razón y de la justicia en los actos de los gobernantes, con antecedentes aristotélicos conocidos.

De otra parte, al hallarse emparentada la razonabilidad en sentido amplio y, en particular, el principio de proporcionalidad (razonabilidad en sentido estricto) con otros principios y técnicas jurídicas (p. ej., exceso y desviación de poder, error manifiesto, arbitrariedad, etc.) (35), surge la conveniencia de articular una estructura dogmática lógica y coherente de los requisitos de validez jurídica (justificación racional) que comprenda las distintas tipologías que presenta el vicio de irrazonabilidad, en el ámbito de la violación tanto de las leyes formales y materiales como de los preceptos constitucionales y principios generales del derecho de carácter nacional o supranacional, que servirán para determinar los criterios que deben guiar el control de la razonabilidad.

En general, aunque hay excepciones, la dogmática jurídica se ha ocupado preferentemente de los test o criterios que deben utilizar los jueces para formular sus juicios sobre la razonabilidad de actos y reglamentos administrativos, leyes y sentencias de tribunales inferiores, sin incursionar en la temática de los requisitos de validez jurídica o justificación racional de los restantes actos de los poderes públicos (v.gr., actos administrativos).

En adición a este enfoque hay un aspecto garantístico adjetivo del control judicial que, por vincularse con la efectividad de la tutela judicial del principio de razonabilidad, no debiera ser soslayado. Se trata de la cuestión de la carga de la prueba (36), en cabeza de quien alega su violación, que, indudablemente, debe invertirse en las llamadas categorías sospechosas o en tiempos de pandemia, habida cuenta de las dificultades técnicas que presenta la colección probatoria por parte de los damnificados, además de la desproporción existente entre los objetivos garantísticos de los derechos fundamentales y los fines que persigue la Administración.

Resulta paradójico que hayan sido los filósofos del derecho, antes que los juristas que manejan la dogmática y la jurisprudencia, quienes se hayan ocupado con mayor intensidad, últimamente, del abordaje de los requisitos de justificación racional de las normas y de las sentencias, susceptibles de extrapolarse a la actividad materialmente administrativa.

En ese plano, se han propuesto distintos requisitos, los cuales coexisten y se interrelacionan sin que hayan tenido recepción en el derecho positivo, permaneciendo muchos de ellos en el subconsciente de las argumentaciones de los jueces. Así, han aparecido desde una descripción simplificada de tipos de justificación racional (conmutativa o lingüística, jurídica formal o sistemática, pragmática y ética) (37) hasta otra más completa, formulada por Vigo, sobre la racionalidad (38) (orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica, intencional). Dichas variables deben pasar por el filtro de “un juicio prudencial o persuasivo o de un juicio ponderativo” (39), pues a la hora de tener que zanjar cualquier conflicto interpretativo o aplicativo del derecho se impone la técnica de la ponderación, que conduce a valorar el peso de los argumentos (40).

A propósito de la pandemia provocada por la enfermedad del COVID-19, el derecho de excepción que nace dentro de los estados de emergencia, de urgencia o de alarma (o como se los denomine en el respectivo ordenamiento), que implica el desplazamiento transitorio de la legislación ordinaria y la eventual suspensión de los derechos fundamentales, abre paso a nuevas exigencias garantísticas de los derechos fundamentales. En tal sentido, la regla que rija la actuación del Estado ha de ser que de cara a la suspensión de la legalidad corresponde el aumento de las exigencias de la justificación racional de la acción del Estado (a menor legalidad, mayores exigencias de razonabilidad), con inversión de la carga de la prueba y admisión plena del control de discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados (41), así como de la oportunidad y conveniencia.

En efecto, como se ha postulado en la doctrina de nuestro derecho público (42), es menester que la Corte Suprema abandone la anquilosada jurisprudencia (43) que considera que el juez carece de potestad para juzgar la oportunidad o conveniencia de las leyes o de los actos administrativos o reglamentos de los gobernantes, reiterada en innumerables ocasiones para justificar decisiones que implicarían verdaderas denegaciones de justicia con el argumento de que “el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes...” (44).

Como se ha dicho, “con la monotonía que otorga la tranquilidad de invocar un principio ya establecido” (45), esa frase volcada parcialmente en el caso “Inchauspe” sirvió como fundamento en muchos precedentes posteriores (46), particularmente en la sentencia pronunciada en “Cine Callao” (47), de 1960.

Al respecto, se trata de una interpretación judicial equivocada de la jurisprudencia sentada por la propia Corte en “Inchauspe”, ya que, de la lectura de ese precedente, después del párrafo que se ha transcrito (que la Corte utiliza como si fuera un axioma vinculante), se desprende que el Alto Tribunal ha realizado el control constitucional de razonabilidad de la ley que creó la Junta Nacional de Carnes. Porque una cosa es decir que el tribunal no puede sustituir su propio criterio de conveniencia al del Parlamento, y otra muy diferente es sostener que “las razones expuestas por los miembros de ambas Cámaras Legislativas; la calurosa defensa de la ley públicamente hecha por todas las asociaciones ganaderas del país; la circunstancia de que no se hayan promovido otras demandas ni se hicieran otras protestas que no fueran de adhesión a la ley y de repudio a la acción intentada por los muy contados ganaderos disidentes y el aumento de los precios de las carnes que siguieron a la aplicación de la ley...” (48). Ello demuestra que la Corte ejerció, en ese caso, el control de razonabilidad con base en un juicio hecho “sobre la técnica social de la ley y su sentido de justicia racional” (49).

La circunstancia de que la Corte haya subvertido *a posteriori* el alcance de la doctrina sustentada en el caso “Inchauspe” no justifica la errónea extrapolación de una frase sacada del contexto del fallo y de su conclusión, tal como ocurrió en el caso “Cine Callao” (50). Ello, incluso, contradice la doctrina que había sostenido que era un error del Alto Tribunal suponer que la Corte no puede juzgar, en ejercicio del control judicial de razonabilidad, “acerca de la conveniencia y eficacia económica y social...” (51) y de los medios empleados por la ley, debiendo limitarse a un control sobre la validez formal de las leyes.

En definitiva, aunque autorizada doctrina haya considerado que procede la averiguación de “un acierto mínimo en cuanto a los medios escogidos por el legislador para conseguir los fines de la ley” (52), la tergiversación de la doctrina “Inchauspe” hecha por la Corte en los casos posteriores ha pasado casi desapercibida en la doctrina constitucional, dejando a salvo la correctísima crítica formulada por Bianchi y Sacristán en el artículo antes referido.

III.3. Extensión del contenido de la concepción amplia de la razonabilidad

El análisis del contenido de la noción amplia del principio de razonabilidad requeriría su tratamiento en una obra de mayor envergadura, algo que no nos proponemos hacer en esta oportunidad. No obstante, resumiremos la serie de principios y subprincipios derivados del principio de razonabilidad o estrechamente vinculados a él.

Básicamente, el principio de razonabilidad en sentido amplio abarca:

a) la protección del contenido sustancial de los derechos y garantías constitucionales, que es el verdadero sentido que le atribuyó Alberdi en su Proyecto de Constitución a la fuente del precepto actual (art. 28, CN), adelantándose en muchos años a la recepción de este derecho en las Cartas Constitucionales de Alemania y España (53) (arts. 19.2, LF, y 53.1, CE);

b) la razonabilidad en la selección, relacionada con la violación del principio de igualdad, en particular de la igualdad ante la ley, que obliga a que frente a antecedentes iguales se imputen consecuencias iguales (54);

c) la razonabilidad ponderativa, que demanda una proporción racional, con base en un balance de conveniencia entre los medios y los fines (55);

d) la prohibición de arbitrariedad, y

e) el principio de proporcionalidad.

De estos dos últimos contenidos [d) y e)] nos ocuparemos a continuación.

IV. El concepto de arbitrariedad

En muchas ocasiones el lenguaje jurídico se presta a equívocos, por el hecho de su formación natural, máxime cuando los juristas no se ponen de acuerdo acerca de la utilización de convenciones *ad hoc* para definir los conceptos.

Por ejemplo, si alguien afirma que el poder discrecional implica dictar un acto arbitrario está utilizando tan solo una de las acepciones del término lingüístico, que consiste en la facultad de elegir una solución con preferencia a otra. Pero, al mismo tiempo, como se trata de conceptos análogos (en el sentido de que no son necesariamente opuestos ni iguales), también se puede definir la arbitrariedad como el acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o capricho del funcionario, que es el sentido de mayor empleo convencional en el mundo jurídico.

El concepto de “arbitrariedad” (tal como se define, en una de sus acepciones, en el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* de la RAE) corresponde al “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho”. En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad (56), antaño conocida en España como “ley del encaje” (57), cuyo significado figura en antiguos diccionarios franceses (58), que la definen como “la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza” (59).

colloquial apareciendo referida al “dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen”.

(58) En CORMON, François, *Nouveau Dictionnaire de Sobrino. Français, Espagnol et Latin*, Piestre & Delamolliere, Anvers, 1789, t. II, p. 512, se define “la ley del encaje”, como la “ley que un juez interpreta según su capricho, la resolución que toma él mismo, sin tener en cuenta lo que las leyes ordenan”, indicando que su equivalente en latín era *lex ad arbitrium ex cogitatio*, es decir, algo así como la ley imaginada u originada en la voluntad de uno mismo.

(59) Cfr. CEJADOR Y FRANCA, Julio S. J., “La lengua de Cervantes: Gramática y Diccionario de la Lengua Castellana en el Ingenioso Hidalgo D. Quijote de la Mancha”, obra premiada en el certamen público abierto por el Ateneo de Madrid con ocasión del III Centenario de la publicación del “Quijote”, Ed. J. Rates, Madrid, 1906, t. 2, p. 441.

{ NOTAS }

(35) BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nro. 135, Madrid, 1994, ps. 497-498.

(36) Véase el excelente artículo de BIANCHI, Alberto B. - SACRISTÁN, Estela, “Salud versus libertad personal: ¿es esa la cuestión? (Un reexamen del control de razonabilidad a propósito del COVID-19)”, *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 6, Ed. El Derecho, junio/2020 (ED CMXXI-421).

(37) ATIENZA, Manuel, “Contribución a una teoría de la legislación”, Ed. Civitas, Madrid, 1977, ps. 95 y ss.

(38) VIGO, Rodolfo L., “Interpretación (argumentación) jurídica...”, ob. cit., ps. 249 y ss.

(39) *Ibidem*, ps. 265-266.

(40) *Ibidem*, p. 266.

(41) Véase CORVALÁN, Juan G., “Derecho administrativo en transición”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 69 y ss., especialmente ps. 97 y ss.

(42) BIANCHI, Alberto B. - SACRISTÁN, Estela, “Sa-

lud versus libertad personal...”, ob. cit.

(43) El precedente que originó esa jurisprudencia fue, sin duda, el caso “Inchauspe” de 1944, CS, Fallos 199:483.

(44) *Ibidem*, ps. 529-531.

(45) BIANCHI, Alberto B. - SACRISTÁN, Estela, “Salud versus libertad personal...”, ob. cit.

(46) *Ibidem*.

(47) CS, Fallos 247:121.

(48) Fallos 199:483. *Vid.* consid. VII.

(49) Cfr. LINARES, Juan F., “Razonabilidad de las leyes...”, ob. cit., p. 202.

(50) CS, Fallos 247:121.

(51) LINARES, Juan F., “Razonabilidad de las leyes...”, ob. cit., p. 138.

(52) SAGÜÉS, Néstor P., “Manual de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 920-921.

(53) Cfr. CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 41.

(54) LINARES, Juan F., “El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional. Razonabilidad de las leyes”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 152.

(55) *Idem*, ps. 150-151, esta especie de razonabilidad aparece también en el tercero de los subprincipios de proporcionalidad bajo el nombre de proporcionalidad en sentido estricto.

(56) Aunque el proceder discrecional —en uno de los sentidos del término— pueda ser arbitrario.

(57) En España, la referencia más antigua —que se pamos— se remonta al *Quijote* de Cervantes. Al respecto, en la edición que conmemoró el IV Centenario de *Don Quijote de la Mancha* de la Real Academia Española (Madrid, 2004) se alude dos veces a la expresión “ley del encaje” (Primera Parte, cap. XI, y Segunda Parte, cap. XLII) como equivalente a la sentencia arbitraria (p. 98, nota 17) o al hecho de juzgar con arbitrariedad (p. 869, nota 29). A su vez, en el *Diccionario de la Lengua Española*, la ley del encaje se describe como una forma

En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario (60), siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad (61).

Una situación similar se plantea acerca de lo que se entiende por irrazonabilidad (62), ya que es posible sostener que implica una actuación injusta (en el sentido de afectar al valor justicia o a los principios generales del derecho) o bien una actividad contraria a la razón y, como tal, contradictoria o absurda en el plano lógico. En uno u otro caso, la irrazonabilidad integra el contenido de la arbitrariedad, y tal es el sentido que se desprende de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que, en otros, el Alto Tribunal utiliza ambos términos como sinónimos (63).

V. La interdicción de arbitrariedad en el derecho argentino

Una vez perfilado el concepto de arbitrariedad, que, en el caso de la Administración, comprende toda actuación administrativa contraria a la justicia, la razón o la ley, veamos cuál es el fundamento de la regla que la prohíbe, concebida como un principio general derivado de los textos constitucionales.

Una primera regla de hermenéutica, que cuenta con aceptación general en la doctrina y jurisprudencia, enseña que las prescripciones constitucionales no deben interpretarse en forma literal sino, fundamentalmente, en atención a los fines que persiguen, máxime cuando se trata de principios generales o de garantías jurídicas. Así, por ejemplo, el principio que consagra la garantía del debido proceso (art. 18, CN) se ha extendido a la defensa de los derechos de los particulares frente a la Administración (64), y lo mismo ocurre con el principio de la tutela judicial efectiva (65), cuya proyección, en sede administrativa, ha sido destacada por la doctrina (66).

Si bien no hay en la nuestra un texto tan preciso como el que se encuentra en la Constitución española (art. 103.1, que prescribe que la Administración debe actuar “con sometimiento pleno a la ley y al derecho”), existe en el ordenamiento constitucional argentino un precepto que permite afirmar que el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional.

Por de pronto, el principio contenido en el art. 19 de la CN contiene dos mandatos trascendentes. Mientras el primero prescribe

que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”, el segundo dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Esta segunda parte del art. 19 de la CN, destinada a la esfera pública de las personas (en el sentido de acciones exteriores), al prescribir que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” contiene un mandato dirigido tanto a la Administración como al juez. Va de suyo que el precepto constitucional contiene un mandato implícito, ya que, si nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda (en todos los aspectos en que se concibe la arbitrariedad) es porque los funcionarios (en su caso) de la Administración tienen prohibido dictar órdenes o emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Este principio constitucional implícito (la prohibición de arbitrariedad), no suficientemente destacado en nuestro derecho, es, indudablemente, una pieza fundamental de la protección de las libertades y demás derechos que consagra la Constitución (el que también se extiende a la arbitrariedad judicial).

La fuente histórica mediata y positiva de esta segunda parte del art. 19 de la CN se encuentra en el art. 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que establece: “La ley solo tiene el derecho de prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo aquello que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene”.

Cabe advertir que la filiación filosófica del precepto no constituye una creación original de los convencionales de la Francia revolucionaria ni de Rousseau, sino que tiene su fuente doctrinaria en la obra de Montesquieu, a través de las concepciones que expuso en “El espíritu de las leyes”, como lo reconocieron, en su momento, autores franceses que defendían ideas tan opuestas como Hauriou y Duguit (67).

Resulta claro que Montesquieu, en la primera parte de su genial ensayo, luego de afirmar que “las leyes, en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas” (Libro I, cap. I), se refiere tanto a la ley natural (puntualizando algunos principios que hoy día son considerados principios de justicia o

de derecho natural, según la concepción que se adopte) como a la ley humana o positiva, en varios pasajes de su ensayo. Tal fue, en líneas generales, la filosofía en que se inspiró Alberdi al redactar el Proyecto que sirvió de base para la Constitución de 1853 (68).

Esos antecedentes tienen, pues, una importancia capital para desentrañar el correcto sentido que corresponde atribuir al art. 19 de la CN, en el que el concepto de ley ha de interpretarse o integrarse combinando, según las circunstancias, la ley positiva con el derecho o la justicia. Al respecto, cabe advertir que el Preámbulo de nuestra Constitución, muy similar al de la Constitución norteamericana, difiere en el objetivo de afianzar la justicia “como valor, la justicia como fin”, aspecto certeramente destacado por Vanossi (69), marcando un principio que coadyuva y refuerza la posición institucional del juez argentino para controlar la arbitrariedad administrativa que, en una de sus principales acepciones, es todo acto contrario a la razonabilidad o justicia.

Para que la norma cobre sentido razonable dentro del contexto constitucional, conforme a la hermenéutica histórico-filosófica descripta, resulta evidente que, si nadie está obligado a hacer lo que la ley o el derecho no mandan, la Administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley ni al derecho ni privar de lo que la ley (en sentido amplio) no prohíbe. En otros términos, al estar la Administración sujeta a la ley y al derecho, el precepto contiene la regla de la prohibición de arbitrariedad, que se configura, de ese modo, como un principio general de derecho público.

VI. El principio de proporcionalidad

Desde un punto de vista tanto sustantivo como procesal, el principio que manda que todos los actos estatales sean razonables y que los derechos fundamentales o humanos de las personas no puedan ser alterados por las leyes del Congreso (arts. 17, 18, 19 y 28, CN) configura una garantía constitucional (70) que protege a los particulares de los excesos y arbitrariedades estatales. Su aplicación en el derecho argentino no puede ceñirse a los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional norteamericana.

La ausencia de fórmulas dogmáticas (prescriptivas) en el derecho norteamericano para interpretar judicialmente cuándo una ley debe reputarse violatoria de la garantía de razonabilidad (denominada “debido proceso

sustantivo”) obedece al riesgo que implica sentar un precedente, el cual, conforme al principio del *stare decisis*, constituye una regla obligatoria para los tribunales inferiores.

Nuestra Corte Suprema tampoco ha terminado de consagrar una formulación precisa del razonamiento judicial que hay que hacer para declarar la inconstitucionalidad de una norma violatoria de la garantía de la razonabilidad, señalando la iniquidad manifiesta de la ley (71), la invocación genérica de la garantía del art. 28, CN, a la proporcionalidad entre el medio empleado y el fin elegido para la implementación de la norma (72), criterio este último que, en algunos casos, puede resultar insuficiente. En cambio, la Corte ha sido más precisa en el juzgamiento de la afectación del principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), que, como antes se ha puntualizado, constituye una especie que integra la razonabilidad.

Sin embargo, un sector de la doctrina del derecho público, ante la ausencia de formulaciones que brinden una mayor seguridad jurídica a los justiciables, propicia aplicar los subprincipios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia alemanas acerca del principio de proporcionalidad (73).

Este principio se ha considerado equivalente al principio de razonabilidad (74) e incluso al debido proceso sustantivo del derecho norteamericano, que, con diferente articulación, rige prácticamente en toda Europa continental y, por cierto, en el derecho supranacional de la Unión Europea (75), traduciendo una aplicación de la justicia que obra como límite a las restricciones que alteran los derechos fundamentales o humanos. Se integra con tres subprincipios: a) adecuación; b) necesidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto. En España el Tribunal Constitucional reduce el contenido del Principio a la proporcionalidad en su sentido más estricto (76).

El juicio de adecuación supone valorar la idoneidad o aptitud del medio empleado para alcanzar la finalidad perseguida con su dictado, en la medida en que la decisión judicial (*ex ante*) (77) sea razonable y conforme a la naturaleza de las cosas (78). Al respecto, la exigencia de que el juicio de adecuación sea el realizado al tiempo de dictarse la norma para que sea legítimo y no *ex post* ha sido pasible de objeciones (79), pues resulta evidente que existen normas que, siendo idóneas o útiles al momento de su dictado, no lo son en el momento en que se cuestionan judicialmente (80). El fin elegido debe ser, en

{ NOTAS }

(60) Hay autores que consideran que la esencia de la arbitrariedad radica “en sustituir la voluntad de la ley por la personal del funcionario” (Cfr. LUQUI, Roberto E., “Revisión judicial de la actividad administrativa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, t. I).

(61) Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Mariano R. Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, ps. 622 y ss.; con otra terminología, pero en la misma orientación doctrinaria que desarrollamos, señala como límites a la discrecionalidad los principios de proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad y justicia.

(62) El “Diccionario de la Real Academia Española” no recoge los términos “razonabilidad” e “irrazonabilidad”, aunque sí define racionalidad e irracionalidad. Los primeros son valores convencionales entendidos que utilizan comúnmente los juristas, como en otros casos (v.gr., el término “ejecutoriedad”).

(63) La afirmación del texto no refleja, sin embargo, unanimidad doctrinaria, ya que algunos piensan que la arbitrariedad configura un vicio diferente al de irrazonabilidad, más vinculado al objeto del acto administrativo que a sus fines; véase TAWIL, Guido S., “La desviación de poder. ¿Noción en crisis?”, en *Estudios de derecho administrativo*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 11.

(64) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho

administrativo”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1990, 4ª ed., t. I, ps. 673 y ss.

(65) SESÍN, Domingo, “Administración Pública, actividad reglada discrecional y técnica, nuevos mecanismos de control judicial”, Ed. Depalma, Bs. As., 2004, ps. 34-37; ABERASTURY, Pedro, “La justicia administrativa”, ob. cit., ps. 37 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “Perspectivas de la justicia contencioso-administrativa argentina en el siglo XXI”, en *Estudios de derecho administrativo*, Ed. Diké, Mendoza, 2004, t. X, ps. 39-42.

(66) PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia contencioso-administrativa”, *Revista de Derecho Público*, “Proceso Administrativo - I”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2003, ps. 257 y ss.; CANOSA, Armando N., “El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 50-51.

(67) HAURIOU, Maurice, “Précis de droit constitutionnel”, Sirey, Paris, 1923, p. 91, y DUGUIT, Léon, “Traité de droit constitutionnel”, Bocard, Paris, 1923, p. 373.

(68) Alberdi recibió la influencia de Montesquieu al redactar las Bases y el Proyecto que sirvió de fuente a la Constitución de 1853. Sostiene Alberdi que “es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo...”, y se pregunta si “sería ley la voluntad general expresada por un Congreso Constituyente que

obligase a todos los argentinos a pensar con sus rodillas y no con su cabeza?”, para concluir citando una frase de Rivadavia que alude a la falsa ilusión que padece el legislador cuando pretende que por obra de su voluntad pueda cambiar “la naturaleza de las cosas” (ALBERDI, Juan Bautista, “Bases”, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1984, 4ª ed., cap. XVII). Más adelante habla de las leyes naturales que debe observar el constituyente.

(69) VANOSSI, Jorge R., “Teoría constitucional”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 80. Después de recordar que el Preámbulo de la Constitución de Filadelfia habla de “constituir la justicia”, anota: “En cambio, nosotros decimos ‘afianzar la justicia’ porque utilizamos en nuestro Preámbulo la palabra ‘justicia’ con un sentido totalmente distinto: no es la justicia como tribunal, o como simple administración de justicia, tal como está en el Preámbulo norteamericano, sino la justicia como valor, la justicia como fin” (ob. cit., ps. 79-80).

(70) Véase LINARES, Juan F., “Razonabilidad de las leyes...”, ob. cit., ps. 205 y ss.

(71) Fallos 306:1560 (1984), entre otros.

(72) Fallos 325:32 (2002), *in re* “Smith”, especialmente consid. 15.

(73) SOLA, Juan Vicente, “Tratado de derecho constitucional”, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, t. II, ps. 598 y ss.; y GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Ed. La Ley, Bue-

nos Aires, 2008, p. 430, respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España; y nuestro libro “Los grandes principios...”, ob. cit., ps. 174 y ss.

(74) Véase COVIELLO, Pedro J. J., “El principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el derecho público argentino”, RDA, nro. 75, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, ps. 14-17, uno de los mejores trabajos escritos en el derecho administrativo argentino sobre el tema.

(75) BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nro. 135, Madrid, 1994, ps. 495 y ss.

(76) BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “Introducción al principio...”, ob. cit., p. 531.

(77) BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 279.

(78) BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “Introducción al principio...”, ob. cit., p. 503.

(79) CIANCARDI, Juan, “El principio de razonabilidad...”, ob. cit., p. 73.

(80) Cfr. DIDIER, María Marta, “El principio de igualdad en las normas jurídicas”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., hace referencia al voto del juez Carlos

todos los casos, un fin que no colisione con la Constitución ni con los principios generales del derecho, sean de origen nacional o provenientes de los tratados internacionales de derechos humanos.

A su vez, el juicio acerca de la necesidad (segundo subprincipio) exige valorar “si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces” (81), y que “la restricción impuesta por la norma resulta necesaria si no hubiera otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia” (82).

En rigor, el juicio de proporcionalidad constituye un aspecto o faceta del principio de razonabilidad, ya que este principio tiene un contenido mayor al abarcar la interdicción de arbitrariedad, la violación de la igualdad y, sobre todo, la no afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales (su verdadero sentido) que corresponde atribuir al art. 28 de la CN.

Es claro que el test de igualdad es el primero que hay que hacer en el orden cronológico, y que las diferencias con el test de proporcionalidad son advertibles, en cuanto el razonamiento sobre la igualdad transita en el plano del presupuesto de hecho contemplado por la norma y está orientado a la justificación racional de un criterio objetivo de diferenciación, mientras que el juicio de proporcionalidad corresponde al examen de la consecuencia jurídica, es decir, si el trato diferenciado resulta adecuado, necesario y proporcional (83), valorando y ponderando los efectos negativos que produce un acto, ley o sentencia, sobre las libertades y los derechos fundamentales o humanos.

Como se ha puntualizado, la postura que ha asumido —en muchas ocasiones— la Corte Suprema argentina en materia de control de razonabilidad de las leyes es restrictiva, en cuanto parte de un axioma dogmático que no encuentra su anclaje en la propia Constitución, amparándose en la fórmula genérica de que entre sus facultades no se encuentra la de juzgar la oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador (84), en la inteligencia de que tal proceder resulta violatorio del principio de separación de poderes.

{ NOTAS }

Fayt en Fallos 311:2272 (1984), en el que consideró irrazonable en la actualidad el requisito de la nacionalidad argentina para ejercer la docencia. Para nosotros, si el precepto era de 1980, la irrazonabilidad también existía al momento de dictarse la norma, pues la integración de los inmigrantes ya se había operado en la Argentina.

(81) CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabilidad...”, ob. cit., p. 79.

(82) BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “Introducción al principio...”, ob. cit., p. 505.

(83) Cfr. BARNÉS, Javier, “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades”, *Cuadernos de Derecho Público*, nro. 5, Ed. INAP, Madrid, 1998, p. 338.

(84) Véase LUQUI, Roberto E., “Revisión judicial...”, ob. cit., t. I, ps. 238-241, y CIANCIARDO, Juan, “El prin-

Reiterando lo dicho *supra*, no se trata, en la mayoría de los casos, de emitir un juicio sobre la oportunidad o conveniencia de la medida en sí misma, sino de juzgar en forma prudencial, con base en los principios de justicia, si la necesidad que conduce al dictado no resulta arbitraria y se ajusta a pautas mínimas de razonabilidad en punto a su eficacia. En otros términos, si existen otras medidas que resulten idóneas que sean menos gravosas de los derechos fundamentales, tal como aconteció en los pocos casos en los que el Alto Tribunal juzgó lo concerniente a la necesidad de la medida cuestionada (85).

El tercer subprincipio se centra en el análisis de la proporcionalidad estricta y supone un juicio de valoración acerca de “si los medios elegidos y el sacrificio que generan sobre los ciudadanos (costes) compensan o guardan una relación razonable o proporcional con los beneficios que de su aplicación resultarían para el interés general” (86).

Con buen criterio, se ha sostenido que el principio de proporcionalidad no debe limitarse a la realización de un balance entre costos y beneficios, sin antes valorar si la restricción afecta o no el contenido esencial de un derecho fundamental (87), que en España y Alemania configura una garantía constitucional (88).

Finalmente, cabe advertir que la construcción germánica del principio de proporcionalidad queda afuera de ese marco conceptual que configura la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 19.2 de la LF), cuyo fundamento se prefiere radicar en el Estado de derecho, a diferencia de lo que ocurre en nuestra experiencia judicial, en la que, en algunas ocasiones, aparece vinculado a la garantía de la razonabilidad del art. 28, CN, tal como lo ha destacado la doctrina vernácula, aunque se admite que se trata de dos pasos de hermenéutica distintos, pues “una cosa es la razonabilidad de la medida como contrapeso de costos y beneficios y otra la razonabilidad entendida como no alteración de los derechos en juego” (89).

En efecto, en la Corte Suprema se ha sustentado el criterio que vincula la razonabilidad con la garantía de inalterabilidad del

contenido esencial de los derechos fundamentales, al expresar que “...cuando la sustancia de un derecho constitucional se ve aniquilada por las normas que lo reglamentan ni las circunstancias de emergencia son atendibles, incluso en el terreno patrimonial” (90).

VII. Conclusiones

El principio de razonabilidad se configura en el derecho moderno como una suerte de metaprincipio que alberga diferentes principios subordinados o, al menos, que guardan cierta vinculación con él, ya sea en el plano estrictamente procesal o adjetivo como en el sustantivo o de fondo.

De acuerdo con esa categorización, no puede menos que decirse que se trata de un principio universal enraizado en el Estado de derecho y orientado, por tanto, a la protección de las libertades y demás derechos fundamentales o humanos de los ciudadanos. Su fundamento se encuentra en la justicia que proviene del derecho natural, pues su aplicación demanda acudir a los primeros principios que constituyen la base del orden jurídico a través de la razón práctica.

Al radicarse en la base del ordenamiento, el principio de razonabilidad cumple la función de guiar e informar los demás principios y las normas exigiendo que ellas se encuentren suficientemente motivadas a través de razonamientos lógicos y justos.

En el campo rico y abonado que presenta hoy día el panorama de los principios generales en el derecho público se suele olvidar que su origen se remonta a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, hacia el final del siglo XIX, como lo advirtió, en su momento, Laferrière y lo desarrolló admirablemente Rivero al culminar la Segunda Guerra Mundial, en uno de los trabajos pioneros sobre el tema (91), que hoy ha cobrado actualidad.

La vigencia del principio de razonabilidad en la jurisprudencia y doctrina moderna europea e hispanoamericana (92) se encuentra consolidada en la mayoría de los países cuya cultura jurídica tiene raíces similares, a través de la construcción de una de sus derivaciones principales,

que pone el acento en el principio de proporcionalidad a través de las técnicas de la argumentación (93), que demanda que las sentencias y las leyes se encuentren racionalmente justificadas, así como las decisiones materialmente administrativas de los poderes públicos.

En línea con lo que venimos sosteniendo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha acogido el principio de proporcionalidad en algunos casos puntuales (94), habiendo también emitido una acordada (95) exhortativa para orientar la jurisprudencia de los tribunales inferiores, lo que preanuncia un desarrollo generalizado del principio en el futuro, máxime en la situación de emergencia que ha provocado la pandemia que actualmente padecemos, en la que resulta necesario el respeto irrestricto por la dignidad de la persona humana y del principio *pro homine* o *pro persona* (96) como eje del control de razonabilidad en sentido amplio.

Cita on line: AR/DOC/2959/2020

MÁS INFORMACIÓN

Cabral, Pablo O., “Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el gobierno nacional ante la pandemia del COVID-19”, RDA 2020-130, 64; AR/DOC/2161/2020

Alurralde, Macarena, “La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y la razonabilidad de su ejercicio. Una mirada acerca del régimen reparatorio en supuestos de exilios forzados”, RDA 2019-125, 1053; AR/DOC/2681/2019

Cianciardo, Juan, “Requisito de la trascendencia y tutela efectiva de los derechos. Entre la proporcionalidad y la razonabilidad”, LA LEY, 2019-A, 989; AR/DOC/433/2019

Zudaire, Lucas J., “Breve análisis de la razonabilidad como límite del actuar de la Administración”, RDA 2019-121, 185; AR/DOC/3768/2018

LIBRO RECOMENDADO

Curso de Derecho Administrativo

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Edición: 2018

Editorial: La Ley, Buenos Aires

cipio de razonabilidad...”, ob. cit., p. 80 y los fallos de la Corte que cita.

(85) *In re* “Gottschau, Evelyn P. c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad s/ amparo”, Fallos 329:2986 (2006); véase también DIDIER, María Marta, “El principio de igualdad...”, ob. cit., p. 69.

(86) BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “Introducción al principio...”, ob. cit., p. 507.

(87) CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabilidad...”, ob. cit., p. 99.

(88) En Alemania existe como garantía constitucional la interdicción de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales por parte de las leyes (art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn), y lo mismo acontece en España (art. 53.1 de la CE).

(89) CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabili-

dad...”, ob. cit., p. 98; en el mismo sentido: DIDIER, María Marta, “El principio de igualdad...”, ob. cit., p. 63.

(90) Fallos 318:1894 (1995), consid. 12 del voto de los ministros Fayt, Petracchi y Boggiano en el caso “Dessy”.

(91) RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo”, RAP, nro. 6, Madrid, 1951.

(92) BIELSA, Rafael, “Derecho administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 7ª ed. actual. por Roberto E. Luqui, t. V, ps. 2895 y ss.

(93) Véase VIGO, Rodolfo L., “Interpretación (argumentación) jurídica...”, ob. cit., ps. 245 y ss., y RABBIBALDI CABANILLAS, Renato, “Interpretación jurídica”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, ps. 159 y ss.

(94) En la causa “Silva” (causa 58), de fecha 03/11/2015, al analizar la razonabilidad o proporcionali-

dad de las intervenciones telefónicas, se remitió al dictamen del procurador general de la Nación (cap. V), que recoge dicho principio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Escher vs. Brasil”). Con posterioridad, la Corte adoptó en forma directa los tres “subprincipios” en la Ac. 17/2019 de fecha 19 de junio de dicho año (consider. V).

(95) Ac. 19/2019.

(96) BÉJAR RIVERA, José L., “Estado de derecho, cooperación, juridicidad y proporcionalidad en el derecho administrativo. Reflexiones sobre el pensamiento de Eberhard Schmidt-Assmann”, en *Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 242.

_COLUMNA DE OPINIÓN

Diputados sentados vs. conectados: ¿cuál es el quórum?

VIENE DE TAPA

Idénticas disposiciones contiene el art. 53 para las reuniones del órgano de gobierno.

Por supuesto, el Código no lo ha dispuesto en tal sentido para las personas jurídicas públicas (art. 146), pero muchas de ellas y de sus componentes requieren, para tomar decisiones formales del requisito previo de la convocatoria, de la comunicación de asistencia o de cumplimiento de las formalidades de acceso, de las de constitución, de las de decisión (suma de votos favorables como porcentaje del total) y de la suscripción del acta pertinente que documente la existencia de la reunión y de las resoluciones adoptadas.

A las razones de economía de costos de coordinación y traslado, de seguridad en el viaje, de contaminación ambiental de los medios de transporte a utilizar y la cada vez mayor dispersión geográfica de los integrantes de emprendimientos privados que se tuvieron en cuenta, de por sí potentes para justificar el uso de tecnologías multimedios, se han sumado las derivadas de la emergencia sanitaria impuesta por la pandemia. Pero su utilidad ha quedado demostrada antes y seguirá siendo elegida después de que cese esta emergencia.

Por lo tanto, utilizando analógicamente reglas de razonamiento que mantengan la simetría de los derechos y obligaciones de los participantes en pos del bien jurídico tutelado, es posible construir conclusiones consistentes entre unas y otras de las personas jurídicas contempladas.

II. La tradición

Por ser el medio tradicional posible hasta hace poco tiempo, las reuniones de los órganos de administración de las personas

jurídicas han sido reguladas a través de sus estatutos, protocolos o reglamentos para la presencialidad física en un domicilio geográfico, del mismo modo que sus decisiones se han previsto para ser asentadas en actas en soporte papel, agrupadas por reglas secuenciales de numeración según el orden cronológico de su celebración. El sistema de seguridad para el resguardo de dichos documentos consiste en la habilitación formal por parte de una autoridad competente, de un conjunto numerado también secuencialmente de folios de papel, agrupados y cosidos en cuadernos —encuadrados— en libros de tapa y lomo rígidos.

De esta forma se intenta dar cumplimiento a los tres atributos básicos que confieren a un documento, en cualquier soporte, de eficacia jurídica probatoria: la integridad, la inalterabilidad y la perdurabilidad. El primero de ellos se refiere a la resistencia a los embates contra el material mismo del soporte, que impida su destrucción o descomposición estructural; el segundo, a la resistencia a la modificación de su contenido por cualquier medio; y el tercero, a la posibilidad de recuperar dicho contenido durante, por lo menos, el plazo de prescriptibilidad impuesto por las disposiciones vigentes.

El papel, como soporte, ha venido cumpliendo a duras penas con estas condiciones, ya que —a título de ejemplo— si no se usa alta densidad en su trama y una tinta indeleble para la escritura de la manifestación de la voluntad y la imputación de autoría a través de la firma, es posible eliminarla sin dejar rastro alguno mediante un láser de baja frecuencia. Y es bien sabida su poca resistencia a la humedad, los ataques de roedores

y otros factores que resultan agresivos para su débil consistencia. Todo lo cual ha cambiado, para beneficio propio, con el advenimiento del documento en soporte electrónico alumbrado luego de un cierto atraso con relación a la adopción por el resto del mundo, y regulado por el art. 6º de la ley 25.506, que califica de *documento digital* a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo, lo que también satisface el requerimiento de escritura.

El agrupamiento de documentos electrónicos firmados digitalmente permite la configuración de un “libro” digital, cuya integridad es mucho mayor que la del papel, del mismo modo que es mucho más resistente a la alteración del contenido y de mayor durabilidad.

III. La transición

Esta mutación de lo material a lo digital, realizada mediante interfaces como el escáner o la máquina digital de fotos o videos, autónoma o insertada en un teléfono móvil inteligente (*smartphone*), como así también la comunicación mediante otros formatos, como los multimedios, que transmiten simultáneamente audio, video y texto, a través de un canal de comunicación seleccionado (plataforma, *webinar*, etc.) ha permitido que la reunión física de personas en un domicilio geográfico determinado, sea jurídicamente idéntica a la totalmente presencial a través de un multimedio simultáneo, desde domicilios electrónicos previamente constituidos o, también, de manera mixta entre ambas, sin mengua de derechos y obligaciones para ningún presente.

Ha llegado el punto en que debe quedar claro que estas alternativas son opciones concurrentes y no excluyentes una de la otra. Para lo cual resulta suficiente precisar cuál es el bien jurídico tutelado. No es otro que facilitar la reunión de personas integrantes de un órgano previsto formalmente, en igualdad de derechos y obligaciones, para deliberar y tomar decisiones válidas de acuerdo con las reglas de su funcionamiento.

Recalcamos el carácter opcional y concurrente de estas alternativas, ya que el sistema de documentación electrónica y firma digital también lo es con el documento papel y la firma autógrafa según la ley de fondo. Ambas modalidades respetan el *principio de equivalencia funcional*, lo que quiere decir que los presentes legitimados a través de una reunión virtual deben ejercer sus derechos a formar quórum, deliberar y votar en igualdad de condiciones de tiempo que los presentes físicos. Tampoco existen problemas formales para que los presentes a través de un multimedio firmen digitalmente un acta en soporte papel o, a la inversa, para que los presentes físicos firmen un acta electrónica.

Lo indispensable para llevar a cabo sin conflictos esta coexistencia es la adopción de un reglamento de comunicaciones multimedios o *protocolo*, como ha dado en llamarse en la Honorable Cámara de Diputados a la hora de mantener en una reunión debidamente convocada la presencialidad física y la virtual (1).

Al respecto, hemos señalado (2) que no habiendo previsiones anteriores que lo reglamenten, como en cambio sí lo disponen los estatutos vigentes (o disposiciones formales especiales) para las reuniones presenciales físicas, la adopción de un sistema multimedios de reuniones requiere de dicha reunión presencial física de los integrantes de un órgano colegiado para aprobar tal protocolo o reglamento de comunicaciones. Es el nexa necesario para formalizar la transición hacia la coexistencia de ambos sistemas de reunión.

Por lo tanto, si el funcionamiento de la Honorable Cámara de Diputados estaba sujeto

a un protocolo excluyente de una de las dos modalidades de presencia, se convalidó un *error funcional* posiblemente justificado en las circunstancias extraordinarias de las medidas de emergencia. Más, como sucede en cualquier contrato, el vencimiento del plazo restaura la situación anterior, es decir, se recuperan las atribuciones propias de las reuniones presenciales físicas de manera excluyente, no resultando admisibles, en ningún carácter, las deliberaciones por medios cuya utilización ha vencido por expreso acuerdo de los suscriptores del protocolo.

De manera que lo deseable para facilitar el funcionamiento normal del órgano deliberativo será suscribir un nuevo protocolo que incluya de forma concurrente a los presentes virtuales, para que intervengan en simultáneo con los presentes físicos, en igualdad de derechos y obligaciones, lo que significa tener especial cuidado si se pretende restringir el tiempo de sus intervenciones sin otro motivo que su condición de tales.

IV. Las constancias de la reunión

Respecto a las constancias de la reunión virtual, no conocemos lo previsto en el protocolo caduco de la Honorable Cámara de Diputados, pero los artículos citados de la ley 27.349 que disponen la obligación de deberán guardar aquellas de acuerdo con el medio utilizado para comunicarse, alertan sobre la necesidad de incluir previsiones sobre este tema en cualquier protocolo, ya que, según el multimedio utilizado, varían los formatos permitiendo la grabación solo del audio.

El término “guardar” requiere de ciertas consideraciones de seguridad, ya que si solo se utiliza una localización única, para ello los riesgos de destrucción son mayores que si se disponen de la guarda en otros sitios de copias de estas, desde un disco rígido ubicado en un servidor espejo remoto, en la nube o en elementos portátiles tipo pendrive o similares.

Cita on line: AR/DOC/3059/2020

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Ex profesor Titular de Derecho Societario y Cambiario (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán). Contador Público. Doctor (Univ. de Morón). Posdoctor (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro de Número de la Academia de Ciencias Morales, Po-

líticas y Jurídicas de Córdoba.

(1) Sobre estos puntos nos hemos referido en detalle en “Manual de Reuniones Multimedios-Personas jurídicas privadas”, Errepar, Bs. As., 2019.

(2) *Ibidem*, p. 94.



NOTA A FALLO

Notificación electrónica

Facultades ordenatorias del juez. Favorecimiento de los principios de celeridad y economía procesal. Utilidad frente a la emergencia sanitaria. Disidencia.

1.- Lo decidido por el magistrado de grado —que ordenó las notificaciones mediante correo electrónico— no pretendió otorgar operatividad a la res. 19/ 2019 del Consejo de la Magistratura, sino que se enmarcó dentro de los deberes que, establecidos en el art. 27 inc. 5 del Cód. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual, a su vez, constituye una manifestación de sus facultades

ordenatorias e instructorias. No se observa que la decisión adoptada por el juez configure la aplicación de una norma que aún no se encuentra vigente ni traduzca el exceso de facultades aludido por el apelante, sino que se advierte que tal medida, en cuanto pretende agilizar las notificaciones, se enmarca en la necesidad de evitar demoras en el trámite de los expedientes y favorecer, de tal

modo, los principios de celeridad y economía procesal, que deben guiar la actuación de los tribunales.

2.- No puede soslayarse el sentido práctico de las notificaciones electrónicas, tendientes a proporcionar un adecuado servicio de justicia, cuya utilidad se verifica, por ejemplo, en circunstancias como las suscitadas como consecuencia de las

La necesaria amalgama entre celeridad y previsibilidad

Francisco Feced Abal (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Los hechos del caso. — III. Conclusión.

I. Introducción

El fallo en comentario tiene una particularidad que excede lo jurídico. Entre la decisión de la primera instancia y el fallo de la Cámara hay una pandemia de por medio. Pandemia que trajo aparejados tantos cambios en nuestra vida, sin hablar de curva de casos, los asintomáticos, distanciamiento social y de comparaciones regulares con la

lejana y fría Suecia, que parecen de otra era geológica.

Desde esa perspectiva, y por otras razones que se explicarán a continuación, los agravios que motivaron la apertura del recurso de apelación adquirieron un tono sepia. Las notificaciones electrónicas en el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires ya funcionan en plenitud y solo desde la necesidad

se pueden negar sus bondades. En especial cuando ha quedado demostrado que el único escollo que impide la consagración absoluta del expediente digital es, precisamente, la notificación del traslado de la demanda por no poder hacerse digitalmente.

Resulta más interesante, en cambio, detenerse en otro aspecto del fallo, que se roza de manera tangencial y que invita a la reflexión y al debate: ¿Cuál es el límite que tiene el juez en el ejercicio de la magistratura para implementar unilateralmente soluciones “novedosas” desde un punto de vista tecnológico, pero divorciadas de la norma procesal escrita?

II. Los hechos del caso

El proceso de informatización del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires fue desde sus albores más lento que el de su par Federal y Nacional, pero también más ambicioso. Su norte estuvo siempre orientado hacia el mismo lugar: un expediente cien por ciento digital.

A mediados del año 2019, por ejemplo, aún no se habían implementado las notificaciones electrónicas. Pero existía un cronograma de incorporaciones tecnológicas paulatinas para que en poco tiempo no solo se efectivizara ese sistema de notificaciones sino también

medidas adoptadas ante la pandemia del COVID-19.

3.- La decisión de ordenar las notificaciones mediante correo electrónico excedió los términos de la res. 19/2019 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires al involucrar aspectos que no se encontraban operativos y que, inclu-

so, tampoco configuraban una realidad tangible en el fuero. La imposición del modo de proseguir el trámite de un expediente que involucraba cuestiones de derechos económicos, sociales y culturales, en aquel momento, pudo poner en peligro el cabal ejercicio del derecho de defensa de la parte actora (del voto en disidencia de la Dra. Schafrik de Núñez).

CContencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 26/05/2020. - H., C. C. c. GCBA s/ Incidente de apelación - Amparo - Asistencia alimentaria y otros subsidios.

[Cita on line: AR/JUR/17719/2020]

① COSTAS

Se imponen en el orden causado.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

la firma digital de magistrados y funcionarios, la materialización de todos (o casi todos) los actos procesales por medios digitales y el destierro definitivo del uso del papel.

Este cronograma, que seguía los lineamientos establecidos en la ley 4736 (1), fue establecido por la res. 19/2019 del Consejo de la Magistratura de la CABA [modificatoria, a su vez, de la Resolución 42/2017 (CM)].

Y es precisamente en esa época, es decir después del dictado de la res. 19/2019 pero antes de su implementación general, el momento donde se firma la resolución recurrida.

¿Qué decidió el juez de Primera Instancia? Básicamente, intimar a las partes a denunciar un correo electrónico para cursar las notificaciones que se fueran dictando en el expediente con mayor celeridad.

Consciente de que existían vacíos normativos, precisó las formalidades que tendría que contener el *mail* (enviarse con confirmación de entrega, con copia a la cuenta del juzgado y consignando todos los datos del expediente) y aclaró cuándo se tendría por cumplida la notificación (“el día y la hora que la comunicación ingrese a la casilla del domicilio electrónico de la persona notificada”), cuáles serían las consecuencias del incumplimiento en las formalidades y qué sucedería con las notificaciones cursadas en días u horarios inhábiles.

Finalmente, y por si quedaba alguna duda, enfatizó que la comunicación electrónica referida reemplazaba a la notificación en soporte papel y que el tribunal no iba a recibir escritos ni presentación alguna por dicha vía.

El conflicto gira en torno a la oportunidad del fallo.

La parte actora, patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa del Poder Judicial de la CABA, recurrió la decisión, por entender que la mencionada notificación electrónica aún no se encontraba operativa y que el juez se había extralimitado en el uso de las facultades ordenatorias que le otorgaba el artículo 29 del Código Procesal Contencioso y Administrativo de la CABA

Finalmente, y después de un sinuoso sendero procesal que incluyó un rechazo de una revocatoria, otro de una apelación por cuestiones formales, una queja admitida y un segundo resolutorio aclarando que la constitución del correo electrónico era “optativo”, la sala I confirmó el fallo por votación dividida.

El voto mayoritario, compuesto por el Dr. Carlos Balbín y la Dra. Mariana Díaz, se sustentó en la idea de que no existía tal extralimitación, de que la medida pretendía agilizar el sistema de notificaciones del expediente, de que lo decidido tenía un sentido práctico insoslayable —que se verificaba durante el período de aislamiento social preventivo y obligatorio—, de que contribuía con la preservación del medio ambiente al fomentar la despapelización y de que la celeridad que le imprimía al trámite se encontraba en sintonía con los lineamientos que establecía la ley de amparo local (ley 2145),

El voto minoritario (Dra. Fabiana Schafrik de Núñez) entendió, por el contrario, que se habían implementado aspectos de la res. 9/2019 (CM) que no se encontraban vigentes y que habían sido diferidos hasta que la Presidencia del Consejo los volviera operativos, que esto había sucedido con posterioridad a la fecha del fallo de primera instancia, que lo decidido involucraba aspectos de la mencionada resolución que no se encontraban operativos ni configuraban una realidad tangible en el fuero y que la imposición del modo de proseguir el trámite de un expediente que involucraba cuestiones de derechos económicos, sociales y culturales, en aquel momento, había podido poner en peligro el cabal ejercicio del derecho de defensa de la parte actora. Ello, no obstante, como lo debatido había perdido virtualidad, propició declarar abstracta la cuestión.

II.1. *La insoportable individualidad del C.E.R. (correo electrónico requerido).*

La última oración del voto de la minoría sintetiza la actualidad de lo debatido.

Mucha agua corrió entre la primera decisión del juez de grado y el fallo de la alzada. En el medio, la pandemia y el aislamiento social preventivo apuraron los tiempos y las notificaciones electrónicas se hicieron carne en el procedimiento del fuero contencioso administrativo y tributario. Incluso para las tres ramas del Ministerio Público [res. 381/2020 (CM)]. Todo ello, sumado a que, a la postre, el agravio esgrimido no superó el plano de lo conjetural (no se terminó viendo afectada garantía procesal alguna), le quitó sustancialidad al debate. En ese contexto, la discusión “notificación electrónica sí vs. notificación electrónica no” atrasa un lustro.

Sin embargo, hay otro aspecto del fallo que requiere especial atención.

A la par de la carrera desenfrenada por conseguir la vacuna contra la COVID-19

existe otra que se desarrolla con un vértigo similar. Esta es quizás un poco más antigua, pero las restricciones coyunturales de la pandemia le han dado nuevos bríos. ¿En qué consiste? En la incesante búsqueda en algún sector de la judicatura por buscar soluciones innovadoras que integren nuevas tecnologías al proceso, más allá de los límites de los códigos procesales y disposiciones reglamentarias afines.

En algunos casos las innovaciones son respuestas obligadas para sortear disposiciones procesales antediluvianas, situaciones no previstas o coyunturas adversas como las que son de público conocimiento.

En otros supuestos buscan agilizar, publicar de un modo más accesible la actividad jurisdiccional, desconstruir o actualizar la imagen del juez tradicional.

Finalmente, es posible identificar a grandes rasgos a un tercer grupo, donde esas innovaciones se encuentran motivadas simplemente en desafiar al *statu quo*, instalar temas en la agenda y promover cambios en la legislación.

Estas soluciones, en líneas generales, constituyen intentos interesantes. Pero el vaso conductor, el denominador común que las amalgama, es otro: son arrestos individuales.

Y la individualidad es útil para emparchar. Para improvisar frente a algún problema inesperado. Para escapar por arriba de algún laberinto. En síntesis: para una situación puntual.

El problema aparece cuando esa individualidad pasa a ser sistemática. Cuando la regla es, paradójicamente, la excepción.

El caso que se comenta es elocuente en ese sentido. Si nos olvidamos de los hechos que sucedieron después que le dieron plañ al fallo de la alzada, si nos despegamos de cualquier eufemismo para encuadrar ese requerimiento de constitución de una casilla de correo electrónico en alguna facultad preexistente, no nos quedará más alternativa que asumir que el sistema que se pretendió instrumentar originalmente era de fabricación casera. De no ser así, no habría sido necesario especificar formas, modos y consecuencias por notificaciones defectuosas en el cuerpo de la decisión.

Aun con las deficiencias legales apuntadas, el dilema se vuelve inevitable: ¿alguien está en condiciones de negar que una no-

tificación electrónica es cien veces más rápida —y eficiente— que una tradicional en papel? ¿acaso no es elogiosa la actitud del magistrado de primera instancia de intentar con tecnología que está a la mano de cualquiera (un correo electrónico) intentar darle mayor celeridad a un trámite que la misma norma que lo regula define como rápido y expedito?

Sin embargo, y aquí viene el contrasentido, las consecuencias de este racimo de buenas intenciones distaron de ser las esperadas. La decisión original generó una revocatoria —que fue rechazada—, una apelación en subsidio —que también fue rechazada—, una queja por apelación denegada, una sentencia interlocutoria de la Cámara haciendo lugar a la queja, una resolución aclaratoria del juez de primera instancia respecto del carácter “optativo” del correo electrónico y finalmente el fallo de la alzada, confirmando el decisorio original.

Si el objetivo original era adoptar una decisión que contribuyera a la celeridad procesal, a juzgar por el *vía crucis* procesal reseñado, el resultado obtenido no fue el esperado. Tampoco se advierten beneficios “despapelizadores”: muchos de esos recursos y resoluciones intermedias debieron ser impresos. Una buena intención no asegura un buen resultado.

III. Conclusión

Situaciones como las que desnuda el caso en análisis permiten elaborar una conclusión dual. Por un lado, la imperiosa necesidad de que los organismos sobre cuyas espaldas pesa la carga de la elaboración de las normas procedimentales y reglamentarias (legislaturas, cortes, tribunales de superintendencia, consejos de la magistratura, etc.) acompañen regularmente las referidas disposiciones al ritmo de las nuevas tecnologías. De este modo se evapora el caldo de cultivo donde se gestan estas “patriadas” tan creativas como —en algunos casos— contraproducentes.

Por el otro, y respecto de quienes ejercen la judicatura, la cautela y moderación que debería imperar a la hora de decidir aplicar de modo aislado los beneficios de las nuevas tecnologías al proceso. La celeridad y la economía procesal son indispensables para un buen sistema procesal. También lo es la previsibilidad.

Cita on line: AR/DOC/3060/2020

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
 (*) Abogado (UBA), Especialista en Derecho de Daños (UBA). Secretario del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la

CABA. Docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la UBA.

(1) Cuyo primer artículo establecía que “La utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos,

firma electrónica, firma digital, comunicaciones electrónicas, notificaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en procedimientos administrativos y procesos judiciales, tienen para el sector público de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel o cualquier otro soporte que se utilice a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley”.

↓ NETWORKING

Contratos inteligentes y su legalidad en el derecho argentino



Alejandro D. Dabah

Abogado especialista en Derecho Informático. Profesor Adjunto de la materia Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Coordinador Académico de la Carrera de Especialización de Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Funcionamiento de la Tecnología *Blockchain*.— III. Contratos inteligentes (“Smart Contracts”).— IV. Contratos Inteligentes y su legalidad en el Derecho Argentino.— V. Conflictos legales que plantean los “Contratos Inteligentes”.— VI. Conclusión.

I. Introducción

El contrato es la herramienta jurídica que permite el desarrollo individual y social de las personas. Es un instrumento dotado de eficacia legal que posibilita el intercambio de bienes y servicios dentro de la sociedad y que satisface las exigencias de crédito, garantía, cooperación y trabajo. Todo ello lo convierte en un protagonista indiscutible para el funcionamiento de la economía de mercado y en un verdadero “instrumento de progreso social” (1).

Sin embargo, y pese a la importancia que tiene el contrato en la actualidad, su noción ha variado a lo largo de los años, principalmente alentado por los cambios tecnológicos. En efecto, si se realiza un análisis histórico-comparativo de sus principales características, podrá observarse que el contrato pasó de ser una figura que solo generaba obligaciones si se satisfacían ciertas exigencias formales (como ocurría en el derecho romano) a un “instrumento jurídico a través del cual se ha desarrollado con mayor amplitud la libertad que el individuo, por esencia, debe gozar como derecho inalienable” (2).

Esa concepción “moderna” del contrato coincide en el tiempo con el desarrollo tecnológico que produjo la industrialización de las economías mundiales. Y ello no es una mera coincidencia: el surgimiento de un sistema económico capitalista requirió la ampliación de los conceptos de libertad individual y de empresa para su correcto funcionamiento.

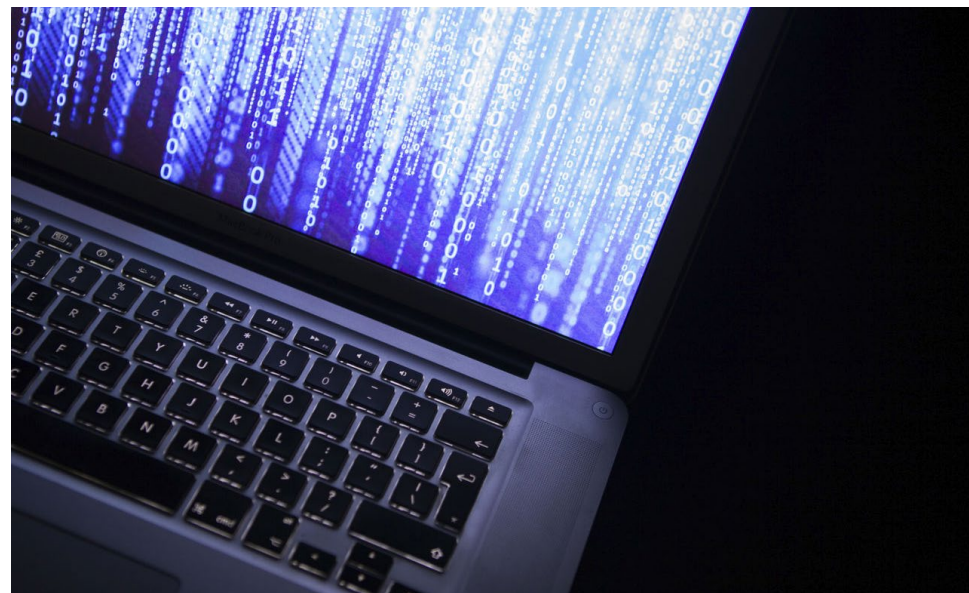
De allí se explica la necesidad de ver a todo individuo como poseedor de una voluntad libre, desprendida del medio social, que actúe como la fuente y la medida de los derechos subjetivos, es decir, como un “órgano creador de Derecho”. Y también se explica por qué el Estado fue retrayéndose del campo de los negocios para darle lugar a un poder privado—basado en el principio de la autonomía de la voluntad—, que se asentó en la idea de la “autorregulación” de las relaciones jurídicas entre particulares.

Estas ideas quedaron plasmadas en la mayor parte de las legislaciones del mundo que, a partir del inicio del siglo XIX, comenzaron a reconocer que “lo convenido por las partes forman para ellas una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (3), dando lugar a lo que se conoce como la “fuerza obligatoria del contrato”.

Esa concepción—de corte netamente individualista y liberal—, se mantuvo incólume desde las primeras legislaciones decimonónicas (pudiendo establecerse como punto de partida el Código Civil francés de 1804) hasta mediados del siglo XX. Pero, a partir de ese momento, comenzó a centrarse la atención en una serie de factores (principalmente factores de índole económica) que fueron restringiendo el papel de la voluntad en la formación del contrato y provocaron el resurgimiento del Estado como encargado de restablecer el equilibrio contractual. Prueba de ello son las leyes que reglaron el contrato de trabajo, la defensa de la competencia, la lealtad comercial y, principalmente, las relaciones entre proveedores y consumidores que comenzaron a dominar la escena mundial a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

Este cambio—basado en la idea de justicia conmutativa— trajo como consecuencia el replanteo de los antiguos postulados sobre los que se había asentado el derecho contractual decimonónico y exigió la elaboración de respuestas claras y precisas que resolvieran los nuevos problemas planteados. Esa labor fue ardua y requirió que doctrinarios, jueces y legisladores pusieran sus mayores esfuerzos para comprender y darle validez a un contrato que, a diferencia de lo que parecía surgir de las leyes, no se basaba en contratantes libres e iguales sino, más bien, en sujetos con poderes desiguales, donde uno quedaba sometido al poder económico del otro.

La conclusión a que se arribó luego de ese análisis—y que quedó plasmada en parte del derecho local y comparado; y en las más autorizadas opiniones doctrinarias— fue que debía mantenerse incólume el principio de la



autonomía de voluntad— aunque limitándolo mediante el dictado de leyes o resoluciones judiciales—, por considerar que su absoluta supresión importaría el desquiciamiento del régimen del contrato que se basaba en el consentimiento como elemento esencial para la creación de obligaciones.

De esta manera se puso fin—o al menos se restringió hasta su mínima expresión— aquella discusión que mantuvo en vilo a los juristas durante más de cincuenta años y que apuntó a desentrañar el verdadero rol que debía cumplir la voluntad en los contratos celebrados bajo condiciones generales predispuestas por uno de los contratantes.

Sin embargo, y cuando todo parecía retomar el camino del orden, un nuevo cambio tecnológico azoró al mundo y afectó a diversas disciplinas, entre las que se encuentra el derecho de los contratos. Ese cambio suele conocerse como “Revolución tecnológica” y se caracterizó por la aparición de los microordenadores e Internet como factores determinantes del surgimiento de la sociedad del conocimiento (4).

No caben dudas de que uno de los efectos que produjo esa revolución fue que se pasara de una economía netamente industrial a una economía del conocimiento. Ello implicó que el “producto” dejara de ser el recurso principal y fuera reemplazado por la “información” que, lejos de ser escasa, se caracteriza por su abundancia.

Por cierto, que este cambio constituye el inicio de una nueva etapa, aunque no es posible precisar, por el momento, cuáles serán todas sus consecuencias. Y ello es así dado que, en la actualidad, Internet solo produjo un cambio de paradigma en la economía de mercado, ya que la idea de lo “masivo” se trasladó de los productos (átomos) a la información (*bits*), pero sin que haya producido una variación significativa en las estructuras de poder. En efecto, hoy en día tiene más valor una empresa vinculada a la información (como Google) que una dedicada a la fabricación de productos

(como Coca Cola) (5), pero ello no representa más que el traspaso de poder de una empresa a otra.

Sin embargo, con el incipiente avance de la tecnología llamada “cadena de bloques” o “blockchain” (que trataremos más adelante) se espera que se produzca uno de los cambios más significativos que haya visto la humanidad. Ello así, puesto que la figura del intermediario (entendida en sentido amplio y comprensiva de empresas, gobernantes e, incluso, jueces), perderá el poder casi absoluto que suele reconocérsele desde antaño, y surgirá un nuevo sistema descentralizado donde el poder estará en manos de miles o millones de ordenadores personales conectados entre sí. Esta nueva tecnología tiene la capacidad de generar una economía igualitaria donde las personas podrán realizar transacciones, crear e intercambiar valor sin que ningún intermediario tenga que asumir el rol de árbitro del dinero y la información, como ocurre en la actualidad.

Por cierto, que aún queda mucho camino por recorrer y, en ese trayecto, es lógico esperar que convivan los efectos de la economía industrial y los de la economía del conocimiento. Esto nos lleva a suponer que en los años venideros se mantendrán las leyes tuitivas que surgieron a partir de la segunda mitad del siglo XX y que apuntan a restablecer el equilibrio entre sujetos desiguales (dado que el abuso de posición dominante constituye una conducta reprochable tanto si se origina en el mundo “real” como “virtual”). Sin embargo, con el desarrollo de la tecnología “blockchain” y la economía igualitaria, se avizoran profundas transformaciones en el campo jurídico que harán que las leyes que fueron pensadas para regular relaciones entre “fuertes” y “débiles” pierdan aplicación práctica y, en su lugar, sean reemplazadas por normas que se adecuen a esa nueva economía con característica descentralizada. Ello ocurrirá, empero, en tanto y en cuanto las leyes no ahoguen la creatividad ni obstruyan a que esta nueva tecnología se convierta en la base sobre la que podría edificarse todo nuestro futuro (6).

(1) SPOTA, Alberto G., “Instituciones de Derecho Civil. Contratos”, Depalma, 1983.

(2) GASTALDI, José María, “Contratos”, t. II, Abeledo-Perrot, 1998, p. 143.

(3) Así lo hizo el Código Civil argentino, en su art. 1197, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

(4) La expresión “sociedad del conocimiento” suele atribuirse al filósofo Peter Drucker y hace referencia a las

transformaciones sociales que se producen en la sociedad moderna donde el conocimiento ha sustituido al trabajo.

(5) Así surge del informe elaborado por la consultora de marcas líderes a nivel mundial, Interbrand, que esti-

ma en 133.000 millones de dólares el valor de Google y en 79.210 millones de dólares el valor de Coca Cola.

(6) La idea de que las leyes pueden “ahogar la creatividad” fue empleada por Lawrence Lessig para analizar la

El presente trabajo trata sobre una de las tantas aplicaciones que tendrá esta nueva tecnología, esto es, los contratos inteligentes. Por tanto, efectuaremos una breve descripción de la tecnología “blockchain” y su aplicación en los llamados “contratos inteligentes” (o “Smart Contracts”) con la finalidad de brindar algunos ejemplos que permitan verificar o imaginar su uso en la vida cotidiana. Por último, efectuaremos una revisión de la legislación argentina para determinar la legalidad de esos nuevos contratos o, en su caso, proponer los cambios que deberían introducirse para dotarlos de valor dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

II. Funcionamiento de la Tecnología Blockchain

La “cadena de bloques” o “blockchain” es una base de datos distribuida⁽⁷⁾ que registra bloques de información y los entrelaza para facilitar su recuperación y la verificación de su autenticidad. Los bloques de información se enlazan mediante apuntadores *hash*⁽⁸⁾ que conectan el bloque actual con el anterior, y así sucesivamente hasta llegar al primer bloque.

De esta manera, como lo expresa Tapscott⁽⁹⁾, “no hay terceros ni servidores que centralicen ni almacenen nada” porque los acontecimientos digitales son distribuidos y compartidos entre muchas partes [*nodos* (10)] diferentes.

Cada bloque contiene un número generado al azar y encriptado que se denomina *nonce*. El bloque con el *nonce* encriptado debe ser resuelto criptográficamente para poder validar la información que contiene y así poder registrarla en la *Blockchain*. Computacionalmente, implica que una o varias máquinas (designadas coloquialmente como “mineros”) prueben al azar millones de combinaciones hasta dar con la clave correcta que corresponde al *nonce* generado de ese modo. Y para resolver cuál es verdadero y cuál es falso, el protocolo termina por determinarlo arbitrariamente cuando el cincuenta y uno por ciento de todos los nodos consideran a uno de los dos bloques como verdadero. Entonces el protocolo asigna ese bloque a la cadena de bloques (*Blockchain*).

Entre los muchos beneficios que suelen asignársele a la “blockchain”, cabe mencionar los siguientes: (i) Ausencia de intermediarios: dos partes pueden realizar un intercambio sin la supervisión o intermediación de un tercero, lo que otorga un alto grado de privacidad; (ii) Menores costos de transacción: mediante la eliminación de intermediarios y los gastos generales para el intercambio de activos, “blockchain” tienen el potencial de reducir enormemente los honorarios de transacción; (iii) Transparencia e inmutabilidad: los cambios en las cadenas de bloque públicas son visibles por todas las partes (aunque no así las identidades asociadas a esas transacciones, siendo ello opcional) y todas las transacciones son inmutables, lo que significa que no pueden ser alteradas o eliminadas; (iv) Transacciones más rápidas: *blockchain* reduce los tiempos de las transacciones ya que el sistema procesa la información cada pocos minutos, durante los trescientos sesenta y cinco días del año, por lo que no es necesario depender de los horarios de trabajo o los tiempos que arbitrariamente decida una entidad determinada.

Todo ello convierte a la tecnología “blockchain” en uno de los pilares fundamentales sobre los que podría asentarse nuestro futuro, dado que no solo representa una innovación económica (ej. con la creación de la criptomoneda) sino que, además, permite certificar propiedades, documentos, emitir votos, reflejar el estado de cuentas de un país en tiempo

real, gestionar litigios y darle cualquier otro uso que requiera una memoria global donde el orden de los eventos quede certificado mediante criptografía. Entre esos usos encontramos a los llamados “contratos inteligentes” que analizaré seguidamente.

III. Contratos inteligentes (“Smart Contracts”)

El contrato es un acto jurídico mediante el cual dos o más partes convienen en regular los derechos y obligaciones que habrán de regir una relación jurídica determinada, siempre que tenga contenido patrimonial. Lo expuesto permite colegir que el contrato es, esencialmente, un acto de confianza dado que, como se ha dicho, mediante estos instrumentos se intercambian “promesas, no propiedades”⁽¹¹⁾. Esto significa que, al momento de su celebración, las partes solo pueden tener esperanzas de que el acuerdo se cumplirá, pero no pueden afirmar con certeza si ello ocurrirá o no. De ahí que casi todas las legislaciones del mundo hayan estructurado la regulación de los contratos sobre la base de mecanismos o herramientas legales que tienden a demostrar la existencia de los acuerdos y a reducir los riesgos de incumplimientos definitivos, siendo las garantías de saneamiento, la suspensión del cumplimiento, la tutela preventiva, la cláusula resolutoria y las garantías reales (como la hipoteca) y personales (como la fianza) claros ejemplos de ello.

Sin embargo, al analizar la tecnología “blockchain” hemos visto que la confianza en las personas no es un elemento indispensable para realizar una transacción. En efecto, es el propio sistema que, a través de su carácter descentralizado, brinda la seguridad necesaria para que una operación se lleve a cabo, dado que el negocio se asienta en un registro global donde la confidencialidad y la autenticidad se encuentran garantizadas.

Por cierto, que esta idea puede trasladarse a los contratos y, en consecuencia, es posible reemplazar la “confianza en las personas” por la “confianza en algoritmos” que permiten un nivel de automatización de las distintas etapas de los acuerdos, que brinda a los contratantes un nivel de seguridad nunca visto. Estos contratos reciben el nombre de “contratos inteligentes” (o “Smart Contracts”) y se caracterizan por ser autoejecutables e inmutables.

La denominación “contrato inteligente” fue acuñado por Nick Szabo en los años 90. En un artículo que data de 1994, Szabo sostuvo que: “Un contrato inteligente es un protocolo de transacciones informáticas que ejecuta los términos de un contrato. Los objetivos generales del diseño de un contrato inteligente consisten en satisfacer unas condiciones contractuales comunes (como términos de pago, garantías, confidencialidad, e incluso ejecución), minimizar excepciones tanto maliciosas como accidentales, y minimizar la necesidad de intermediarios de confianza. Los objetivos económicos aparejados incluyen un descenso en las pérdidas por fraude, arbitraje y costes para asegurar su cumplimiento, y otros gastos de transacción”.

Posteriormente, en un artículo publicado en la *Revista Extropy*, el mismo autor expresó que: “Un contrato inteligente es un conjunto de promesas, especificadas de forma digital, e incluyen protocolos dentro de los cuales las partes llevan a cabo estas promesas”.

El objetivo principal de estos “nuevos contratos” es permitir que dos partes anónimas puedan comerciar y hacer negocios entre sí, sin que exista la necesidad de contar con un intermediario y sin que la confianza en el otro

contratante sea un elemento fundamental a la hora de decidir su celebración. Esa prescindencia de confianza en las personas es posible ya que el contrato inteligente, una vez que ha sido incorporado a la cadena de bloques, no requiere de la participación humana directa para su ejecución. Es decir, la autoejecución de este tipo de contratos implica que el propio programa informático sea el que ordene el procesamiento de, p. ej., el pago del precio, la entrega de determinado bien o la prestación de un determinado servicio, luego de verificar que fueron cumplidas las condiciones plasmadas en su código.

Vemos, pues, que el contrato inteligente es un programa informático que garantiza y controla el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada contratante. Esto nos lleva a afirmar que los contratos del futuro dejarán de escribirse para programarse, lo cual plantea la necesidad de que se generalice la comprensión, no ya del lenguaje jurídico, sino del lenguaje tecnológico y de programación, aunque cabe destacar que ya existen (y estimo que cada vez habrá más) plataformas que permiten crear distintos tipos de contratos inteligentes sin necesidad de tener conocimientos de programación.

IV. Contratos Inteligentes y su legalidad en el Derecho Argentino

Para responder si, para el ordenamiento jurídico argentino, es posible considerar estos acuerdos como verdaderos “contratos” debemos partir del art. 957 del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) que establece que “contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

La norma transcripta parte de la idea de que todo contrato es un *acto jurídico*, es decir, un “acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas” (art. 259, Cód. Civ. y Com.), siempre que tenga carácter bilateral y se desenvuelva dentro del campo de los derechos patrimoniales.

Vemos, entonces, que el acto jurídico (y, por ende, el contrato como una de sus especies) requiere *voluntad* y *licitud* para su validez. Por tanto, para analizar la naturaleza jurídica de los llamados contratos inteligentes, debemos previamente verificar si es posible admitir la presencia de ambos requisitos dentro de su estructura.

Según los términos del art. 260 del Cód. Civ. y Com., el acto “voluntario” es aquel que se ejecuta con discernimiento, intención y libertad. En nuestra opinión, que suponemos compartida por todos, los contratos inteligentes no impiden, *por sí mismos*, que se celebren bajo esas condiciones. Es decir: el hecho de que los contratos inteligentes sean programas informáticos —que requieren la comprensión del lenguaje tecnológico y de programación—, no es suficiente para afirmar que impidan actuar con discernimiento, intención o libertad, puesto que los contratantes pueden —y deben— valerse de asistencia profesional legal para comprender el acto que han de llevar a cabo y, en la medida que haya comprendido sus alcances, su voluntad será perfectamente válida.

No obstante lo dicho, creemos que el tema puede despertar dudas al analizar, no ya la *voluntad* en sí misma, sino la *forma* en que esa voluntad debe manifestarse.

En este sentido, en cuanto a la forma de dicha exteriorización de la voluntad, debe-

mos recordar que el art. 284 del Cód. Civ. y Com. establece que “si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente...”. Este principio contenido en la norma —conocido como “libertad de formas”— implica que, salvo los casos de excepción que menciona la ley, los contratantes son libres para celebrar sus acuerdos en la forma que consideren más adecuada a sus intereses, pudiendo ser esa *forma* expresa (es decir, por escrito, verbalmente o acudiendo a signos inequívocos) o tácita (esto es, mediante una conducta que sea suficiente para demostrar la existencia del acuerdo).

Partiendo de esta idea, es preciso preguntarnos en qué *forma* los sujetos manifiestan o exteriorizan su voluntad cuando celebran un contrato inteligente.

Al respecto pensamos que, entre las alternativas actuales, la que mejor se adecua a la realidad es la “forma expresa, por escrito”. Ello podría fundamentarse en el art. 286 del Cód. Civ. y Com. que establece que la expresión escrita “puede hacerse constar en cualquier soporte”, por lo que no lo limita al uso del papel, aunque debemos destacar que también exige que “su contenido sea representado con texto inteligible”.

Según la Real Academia Española, el término “inteligible” significa “que puede ser entendido”. La acepción de este vocablo no parece constituir un escollo para otorgarle validez a los contratos inteligentes toda vez que un programa informático, aunque no sea entendible a primera vista, tiene la posibilidad cierta de “ser entendido” si se recurre a la asistencia de un experto.

Esta opinión puede fundamentarse en el art. 287 del Cód. Civ. y Com. que, al enumerar alguno de los instrumentos particulares no firmados, incluyó a los “registros de información” sin importar “el medio empleado”, por lo que resulta claro que el codificador validó el uso de la tecnología como medio para expresar la voluntad.

Por lo demás, y cuando se trata de instrumentos privados que requieren las firmas de los otorgantes, el art. 288 del Cód. Civ. y Com. reconoce la posibilidad de que se generen por “medios electrónicos” y que se utilice la firma digital que regula la ley 25.506.

Es decir que los contratos que pueden celebrarse por instrumentos privados (firmados) y particulares (no firmados) no requieren ser hechos exclusivamente en soporte papel, sino que pueden celebrarse por medios electrónicos, como ocurre en el caso de los contratos inteligentes.

No obstante lo dicho, existen algunos contratos que la ley impone que se celebren por escritura pública, lo que nos obliga a analizar cuáles son los requisitos que deben reunirse para que un instrumento pueda adquirir tal carácter.

En este sentido, cabe destacar que ley exige que las escrituras públicas sean “manuscritas o mecanografiadas”, que su redacción se halle “estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones”, que sean redactadas con “carácter fácilmente legible” (art. 301, Cód. Civ. y Com.), en “idioma nacional” (art. 302, Cód. Civ. y Com.) y que cuenten con la intervención de un escribano público u otro funcionario que ejerza las mismas funciones (art. 299, Cód. Civ. y Com.).

Teniendo en consideración los requisitos que impone la ley, es fácil advertir las diferen-

situación de los derechos de autor a partir del surgimiento de Internet.

(7) Es decir, se ejecuta en ordenadores que ofrecen voluntariamente personas en todo el mundo. Esto significa que no hay una base de datos central que pueda atacarse.

(8) Una función criptográfica “hash” (usualmente conocida solo como “hash”) es un algoritmo matemático que transforma cualquier bloque de datos en una nueva serie de caracteres con una longitud fija.

(9) TAPSCOTT, Don - TAPSCOTT, Alex, “La Revolu-

ción Blockchain”, Valletta Ediciones, 2017, p. 64.

(10) Un “nodo” es un ordenador/*chip* conectado a la red Bitcoin que utiliza un *software* que almacena y distribuye una copia actualizada en tiempo real de la cadena de bloques. Cada vez que un bloque se confirma y se añade a la

cadena, se comunica a todos los nodos y el bloque se añade a la copia que cada nodo almacena.

(11) TAPSCOTT, Don - TAPSCOTT, Alex, ob. cit., p. 154.

cias que existen entre las escrituras públicas y la forma en que se celebran los contratos inteligentes, no pudiendo asimilarse unas a otras.

Lo dicho hasta aquí permite arribar a la siguiente conclusión: los llamados contratos no formales, así como los formales que no requieren escritura pública (sino solo instrumentos privados o particulares), pueden celebrarse mediante contratos inteligentes toda vez que la voluntad de los contrayentes es susceptible de exteriorizarse de la manera que autoriza la ley; en cambio, los denominados contratos “ad solemnitatem” (sean absolutos o relativos) que requieren de escrituras públicas, tienen vedada esa posibilidad por no reunir los requisitos que impone la ley para ese tipo de instrumentos.

El segundo requisito que referimos para darle validez al acto jurídico es la *licitud*. El acto jurídico es lícito cuando es conforme a Derecho en sentido amplio, es decir, cuando se ajusta a la ley, la moral y las buenas costumbres. Para un amplio sector de la doctrina, en opinión que compartimos, la licitud es un elemento que se vincula con la “causa”, esto es, con el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico como determinante de la voluntad y con los “motivos exteriorizados” (art. 291, Cód. Civ. y Com.).

Desde este punto de vista pensamos que la “razón de ser” del acto no se altera por el hecho de ser un contrato inteligente o tradicional, ya que el motivo que impulsa a las partes a contratar puede ser lícito o ilícito con independencia del medio escogido para celebrarlo.

En conclusión: los llamados contratos inteligentes presentan los elementos característicos que mencionan los arts. 259 y 957 del Cód. Civ. y Com., por lo que técnicamente pueden considerarse como verdaderos “contratos”. En virtud de ello, pensamos que lo “novedoso” no es el acto en sí mismo (pues ya dijimos que se trata de un contrato), sino el soporte utilizado para contenerlo y su aptitud de ser inmutable y autoejecutable.

V. Conflictos legales que plantean los “Contratos Inteligentes”

Sentado que los contratos inteligentes reúnen los requisitos de *voluntad* y *licitud* requeridos por nuestra ley y, habiéndome ya referido al “soporte” cuando analicé la forma en que se manifiesta la voluntad en este tipo de acuerdos, resta verificar si las características

de inmutabilidad y autoejecución que presentan este tipo de contratos son acordes o se enfrentan con algunas exigencias que impone nuestra ley lo que, de ser así, condicionaría su eficacia jurídica.

En primer lugar, cabe analizar la cuestión de la capacidad de los contratantes en el marco del contrato inteligente.

En todo contrato (sean celebrados en forma tradicional o no) las personas deben estar perfectamente identificadas y tener *capacidad* suficiente para obligarse según las leyes de sus respectivos domicilios. De lo contrario, el acto será nulo (conf. art. 1000, Cód. Civ. y Com.).

No obstante ello, en los contratos inteligentes se presenta cierta dificultad para verificar la identidad de las partes y su capacidad legal, toda vez que esos contratos se asientan sobre un registro descentralizado que prescinde de intermediarios (como podría ser un escribano público) que asuman la función de certificar quiénes están celebrando el acto. Esta limitación fue advertida por algunos expertos que sostuvieron que si en la actualidad existen riesgos de sustitución de identidad —pese a que la información se encuentra concentrada en empresas que realizan grandes inversiones en seguridad—, la posibilidad de pérdidas y accesos no autorizados a datos personales crece exponencialmente con la intervención de multitud de *nodos*, como ocurre con la tecnología *Blockchain* sobre la que se asientan los contratos inteligentes.

Es indudable que el medio electrónico facilita este tipo de prácticas y provoca dudas sobre la identidad y la capacidad de los contratantes, sobre todo si tenemos en consideración que los menores y otros incapaces suelen tener el mismo acceso a la tecnología que cualquier otra persona con plena capacidad para contratar.

Si bien es cierto que estas dudas también pueden plantearse en los contratos celebrados en forma tradicional (ya que, p. ej., pueden presentarse documentos falsos), no podemos desconocer que sus consecuencias se agravan en los llamados contratos inteligentes. Ello así puesto que los *smart contracts* están compuestos por *scripts* (es decir, archivos de órdenes que se ejecutan de manera autónoma) y, en caso de ausencia de consentimiento válido (como sería, p. ej., la suplantación de identidad o la ausencia de capacidad), habría que declarar la nulidad de un acto que ya ha sido ejecutado según las órdenes vertidas en un programa informático.

Por lo demás, y teniendo en cuenta que la tecnología *blockchain* se basa en la inalterabilidad de la información contenida en cada

bloque, la nulidad recaería sobre un acto que no es susceptible de modificarse, por lo que su finalidad carecería de sentido.

Vemos, entonces, que la nulidad de los contratos tradicionales se declara sobre un acto esencialmente reversible y para impedir su ejecución; en cambio, la nulidad del contrato inteligente afecta a un acto inmutable, cuya ejecución no depende del obrar de las personas sino, más bien, de órdenes que previamente han quedado asentadas en un programa computacional.

Frente a esta realidad, es preciso profundizar la seguridad de los sistemas de identificación [tales como la tarjeta magnética, clave magnética, número de código, palabra de orden, reconocimiento del timbre de voz, impresión digital, reconocimiento y memorización de la firma del usuario, firma digital (12)] y establecer una presunción y responsabilidad legal frente a la imputación de una declaración de voluntad.

En este sentido, cabe recordar que la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, del año 1996, establece una presunción de autoría de los mensajes de datos que constituye un importante precedente a seguir. Así, pues, el art. 13 de la citada Ley Modelo prevé que quien envía un mensaje queda obligado por su contenido, así como también cuando el mensaje lo envía una persona facultada por el para actuar en su nombre o por un sistema de información programado para operar de manera automática. De esta manera, la norma referida propone un sistema de presunción y de responsabilidad del emisor del mensaje, que incluso se extiende a mensajes no autorizados siempre que se demuestre que han sido enviados como consecuencia de una falta o negligencia del aparente emisor.

Una solución similar a la propuesta resulta indispensable en un mundo cada vez más tecnológico y donde se espera que los contratos inteligentes se conviertan en la principal herramienta de intercambio de bienes y servicios entre las personas.

El segundo aspecto que puede condicionar la legalidad de los contratos inteligentes es su inmutabilidad, entendida como su imposibilidad de ajustarse a ciertas normas imperativas o de orden público que facultan a una de las partes (en general, la que cuenta con menor capacidad económica) a dejar sin efecto el contrato por su sola voluntad y sin necesidad de expresión de causa.

Ello ocurre, p. ej., con las llamadas “normas de consumo” —también de orden público— que facultan a los consumidores a desistir de

su aceptación dentro de los diez días de celebrado el acto, siempre que el mismo se haya formado fuera del establecimiento del proveedor o se trate de un contrato a distancia (art. 1110, Cód. Civ. y Com.). Aquí se observa que el legislador ha limitado el principio *pacta sunt servanda* como reconocimiento a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno que nuestra Carta Magna concede a los consumidores (art. 42, CN).

La inmutabilidad de los contratos inteligentes impide el cumplimiento de normas imperativas o de orden público que, por lo general, son dictadas con la finalidad de proteger intereses superiores e indispensables para mantener la convivencia social. El problema que acabo de plantear puede encontrar una solución tecnológica o legal ya que existen empresas que se encuentran trabajando en la construcción de una *blockchain* “editable”, lo que permitirá modificar los términos de un contrato inteligente.

Ello, sin dudas, contribuirá a superar la dificultad planteada dado que la posibilidad de hacer uso del derecho de revocación, que actualmente consagra la ley, dejará de ser un impedimento técnico.

Desde la perspectiva legal el tema adquiere mayor complejidad porque, en la medida que la tecnología no permita modificar los términos de los contratos inteligentes, se producirá una distorsión entre el contenido de la ley y la práctica de los negocios, tornando a la ley en lo que usualmente se denomina como “letra muerta” por su inaplicabilidad en la realidad.

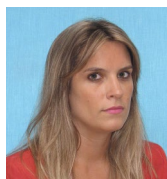
VI. Conclusión

La tecnología *Blockchain*, y su aplicación a los llamados “contratos inteligentes”, constituye un fenómeno que, tarde o temprano, tendrán que ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos. Para eso, y en lo que respecta al derecho argentino, será necesario revisar la forma en que se celebran los contratos (principalmente, aquellos que hoy requieren escritura pública), crear un sistema de presunción y de responsabilidad frente a la imputación de una declaración de voluntad; y examinar las normas que se oponen a su inmutabilidad.

Mientras ello no ocurra, y en la medida que los contratos inteligentes vayan ganando terreno en nuestra vida cotidiana, las leyes que restrinjan o dificulten su uso irán perdiendo aplicación práctica por no adecuarse al uso de una tecnología que, según los expertos, constituirá la base sobre la que se edificará todo nuestro futuro.

Cita on line: AR/DOC/2979/2020

La aplicación del derecho del consumidor al contrato de seguro



Julieta Pajean

Abogada y Diplomada en Derecho Laboral por la Universidad Nacional del Sur. Finalizando Maestría en Derecho Empresario en la Universidad Austral. Es abogada corporativa del Grupo Sancor Seguros.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Ejes principales.— III. Conclusión.

I. Introducción

Con la sanción de la ley 24.240 se introdujo en nuestra legislación “la defensa del consumidor y usuario”. Con la reforma efectuada en nuestra Carta Magna de 1994 se le otorgó a

esta ley rango constitucional al establecer en su art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de

elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”.

En el año 2008 la reforma de la ley 26.361 determina la noción de “relación de consumo”, y finalmente el Código Civil y Comercial (Cód. Civil y Comercial) regula en sus arts. 1092 a 112 el contrato de consumo, estableciendo en

el primero de ellos que “contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

La ley 17.418, anterior a la ley 24.240, es una ley especial que regula un ámbito específico del derecho como es el seguro. Complementan su regulación la ley 20.091 (de las Asegurado-

ras y su control) y la ley 22.400 (Régimen de los Productores Asesores de Seguros).

La cuestión por dilucidar es si las disposiciones de la Ley de Defensa al Consumidor (LDC) son pasibles de aplicación al Contrato de Seguro.

II. Ejes principales

El tema en cuestión es amplio, por lo cual vamos a tratar los temas que consideramos más relevantes: en primer lugar, el plazo de prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro; en segundo, evaluar si la víctima de un siniestro encuadra dentro de concepto de consumidor en los términos de la ley 24.240; y por último el derecho a la información en los contratos de seguro.

II.1. Prescripción: ¿el art. 58 de la ley 17.418 o el art. 50 de la ley 24.240?

Uno de los temas más debatidos, tanto en doctrina como en jurisprudencia, es el plazo de prescripción que corresponde a las acciones fundadas en el contrato de seguro. El art. 58, primer párrafo, de la ley 17.418 establece que “Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible”, mientras que la ley 24.240 en su art. 50 nos indica que “Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres años”. A favor del plazo de la ley de seguro se argumenta que la misma es una ley especial (1) que regula específicamente lo relativo a la prescripción, lo cual no puede ser derogado por una ley general posterior. Quienes se manifiestan a favor de la norma de defensa del consumidor justifican su postura en clasificar al contrato de seguro como un contrato de consumo con fundamento en los arts. 3º (2) y 37 (3) de la LDC (4). La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata se manifestó a favor del plazo trienal (5). Incluso hay quienes sostienen que se debe aplicar el plazo de 5 años del art. 2560 del Cód. Civil y Comer-

cial (6); sin embargo, esta postura fue rebatida por otros autores quienes consideran que el plazo quinquenal solo se aplicara en aquellos supuestos en que no exista una normativa específica sobre la materia (7).

II.2. ¿Encuadra la víctima dentro del concepto de consumidor?

Otro de los temas en debate es determinar si la víctima de un siniestro está comprendida dentro del concepto de consumidor del art. 1º de la ley 24.240. Podríamos pensar que con la eliminación de la parte de dicho artículo que hacía referencia a quien “sin ser parte de una relación de consumo” de “cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, las víctimas quedarían excluidas del concepto de consumidor. También se he dicho que las víctimas no son consumidores sino beneficiarios (8). Sin embargo gran cantidad de doctrina sostiene que la víctima es un consumidor de seguros, teniendo en cuenta la “función social” que cumple el seguro y que es justamente la protección de la víctima del potencial siniestro el fundamento de la contratación de este; es en los términos de la ley el “destinatario final” del contrato (9).

Además, se ha dicho que la Constitución Nacional (CN) en su art. 42 hace referencia a la “relación de consumo”, siendo la víctima de un accidente parte fundamental de dicha relación (10). En concordancia con esto, el Supremo Tribunal de Justicia de Río Negro ha dicho que “se ha señalado que consumidor de seguros es toda persona que directa o indirectamente va a sufrir la incidencia de los efectos de un contrato de seguros; con esto queremos decir que no solo son consumidores de seguro los tomadores y los asegurados, sino que además el concepto alcanza a los beneficiarios y perjudicados, lo que encuentra su sentido en la propia mecánica técnica y económica del seguro y hasta podríamos decir en su propia esencia y finalidad, como instituto que hace a la paz social” (11).

II.3. El derecho a la información

Uno de los temas fundamentales en materia de defensa al consumidor es el derecho a la información. Con base en la información que se le suministre que una persona decidirá si adquiere o no determinado producto o servicio. Tanto la Constitución Nacional como la ley 24.240 indican las características que debe tener esta información: adecuada, veraz, cierta, clara y detallada.

En el ámbito del seguro esto es importante ya que el asegurado debe conocer ¿cuáles son los supuestos que pueden quedar excluidos de la cobertura?, ¿cuál es el límite de esta?, ¿cuánto deberá pagar de prima?, entre otras cosas. Entendemos que ello se encuentra contemplado tanto en la ley 17.418 como en la ley 22.400. La primera en su art. 11 nos indica cuál es el contenido de la póliza de cobertura que se le entrega al tomador del seguro protegiendo de este modo su derecho a la información. En la segunda norma, relativa al Régimen de los Productores Asesores de Seguros también se protege este derecho fundamental del asegurado (12).

III. Conclusión

Si bien es cierto que los contratos de seguro son contratos de adhesión en los términos del art. 984 del Cód. Civil y Comercial, no todo contrato de adhesión es un contrato de consumo, ya que ambos constituyen categorías diferentes que, junto con los contratos paritarios, componen las tres grandes categorías que contempla el Código Civil y Comercial.

Teniendo esto en cuenta es que consideramos que el contrato de seguro ya se encuentra regulado en diversas leyes (leyes 17.418, 20.091 y ley 22.400), por lo cual la aplicación lisa y llana de la norma consumeril al contrato de seguro no es posible, sino que esta deberá ser tenida en cuenta únicamente en aquellos casos en los cuales la legislación específica no

dé una respuesta al asegurado, teniendo una aplicación supletoria o complementaria.

Esta postura tiene su fundamento en diversos motivos. Por un lado, las leyes mencionadas poseen una regulación eminentemente técnica sobre el tema que de ningún modo puede ser suplantada por la ley 24.240. Tal es así que es correcta la aplicación de la prescripción anual de La Ley de Seguro, puesto que se trata de una ley especial que de ningún modo ha quedado derogada por la posterior sanción de la Ley de Defensa al Consumidor.

Además, el accionar de las compañías aseguradoras se encuentra controlado por un ente estatal que es la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), que es además el organismo facultado para aplicar las sanciones correspondientes en caso de comisión de algún tipo de infracción. Sumado a ello, existen canales de atención directa de los reclamos de los clientes e incluso cada compañía deberá contar con un “Servicio de Atención al Asegurado”, que servirá de nexo con la misma SSN. Esto nos demuestra que el asegurado no se encuentra desamparado frente a las grandes empresas aseguradoras, sino que muy por el contrario existe un ente que las controla y regula de forma constante, que recibe sus reclamos y que además posee la especificidad técnica necesaria para abordar el tema.

Por último, si hipotetizamos la aplicación sin restricciones de la ley 24.240 teniendo por no convenidas las cláusulas que limitan la responsabilidad por daños (art. 37), la suma asegurada perdería virtualidad respondiendo siempre la aseguradora en forma ilimitada. De este modo se rompería la ecuación económico-financiera del contrato, convirtiéndose el negocio asegurador en inviable y dejando a la sociedad sin un instrumento tan importante como es el seguro.

Cita on line: AR/DOC/2980/2020

(1) CRACOGNA, Fernando, “La prescripción en el derecho de seguros. Hacia el fin de una controversia”, LA LEY, 2017-A, 277; RCyS2017-III, 227; AR/DOC/3877/2016.

(2) Art. 3º, ley 24.240: “Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.”

(3) Art. 37, ley 24.240: “Interpretación. Sin perjuicio

de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.”

(4) GIUDICI, Juan P., “Hacia la aplicación de las pre-

visiones de la ley de defensa al consumidor al contrato de seguro”, RCyS2014-VI, 215, AR/DOC/3752/2013.

(5) CCiv. y Com., Mar del Plata Sala III, 06/06/2011, “Caporaletti, María Cecilia c. Liberty Seguros Argentina S.A. s/cumplimiento de contratos civiles/comerciales”, AR/JUR/24728/2011. En el mismo sentido CCiv. y Com., Lomas de Zamora Sala I, 22/05/2012, “Gómez de Olivera, Jorge Rubén c. Federación Patronal Seguros S.A. s/daños y perj. autom. s/lesiones”, AR/JUR/20403/2012.

(6) SOBRINO, Waldo A.R., “Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-A, 1008; AR/DOC/206/2015.

(7) COMPIANI, María F., “El contrato de seguro en el Cód. Civil y Comercial”, LA LEY, 2014-F, 662, AR/DOC/3823/2014.

(8) SCHWARZBERG, Carlos, “El consumidor y los seguros. Nuevas interpretaciones”, LA LEY, 2010-B, 1180, AR/DOC/1531/2010.

(9) SOBRINO, Waldo A., “Las víctimas de siniestros

son consumidores de seguro”, www.saij.jus.gov.ar, Doctrina, 10/2010, DACC100075.

(10) SOBRINO, Waldo A., “Las víctimas de accidentes de tránsito siguen siendo consumidores en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2012-E, 849; AR/DOC/2218/2012.

(11) TColeg. Resp. Extracontractual 6º Nom., Rosario, 29/03/2006, “Baffoni, Laura C. c. La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales”, AR/JUR/1780/2006. En el mismo sentido TColeg. Resp. Extracontractual 6º Nom., Rosario, 05/08/2011, “Aimaretti, Diego A. c. Duarte, Horacio y Otros s/daños y perjuicios”, AR/JUR/54734/2011.

(12) Art. 10, ley 22.400: “...ilustrar al asegurado o interesado en forma detallada y exacta sobre las cláusulas del contrato, su interpretación y extensión y verificar que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales el asegurado ha decidido cubrir el riesgo”.

LEGISLACIÓN RELEVANTE

I. Emergencia sanitaria COVID-19

La Pandemia del Coronavirus (COVID-19) y las medidas tomadas por el Gobierno a partir del dec. 260/2020, que declaró la emergencia sanitaria, y del dec. 297/2020 que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio, han dado lugar a la emisión de una gran cantidad de normativa que se va modificando y actualizando diariamente. Por tal motivo, Thomson Reuters ha generado un informe completo con la totalidad de las normas aplicables, clasificadas de manera temática, tanto a nivel nacional, provincial como también en el marco de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para acceder al informe escanear el Código QR.



II. Lealtad comercial

Res. 241/2020 de la Secretaría de Comercio Interior: Reglamentación del dec. 274/2019 de Lealtad Comercial

Cita Online: AR/LEGI/A58P

Publicación: 24/08/2020

Deroga la res. 248/2019 del 23 de mayo de 2019 de la Secretaría de Comercio Interior del ex Ministerio de Producción y Trabajo; y establece una nueva reglamentación al dec. 274/2019 de Lealtad Comercial.

Encomienda a la Subsecretaría de Políticas para el Mercado Interno de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, establecer los requisitos que deben reunir los concursos, certámenes y sorteos, y las promociones de productos y servicios, regular las indicaciones a colocar sobre los bienes que se comercializan en el país o sobre sus envases, establecer el régimen de tolerancia de envases, establecer los regímenes y procedimientos de extracción y

evaluación de muestras, determinar los contenidos o las medidas con que deberán comercializarse los bienes, entre otros.

Encomienda a la Dirección Nacional de Políticas para el Desarrollo del Mercado Interno, dependiente de la Subsecretaría de Políticas para el Mercado Interno de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, el contralor y la vigilancia sobre la Competencia Desleal, las Publicidades y Promociones y la Información en el Comercio, así como la instrucción de los sumarios correspondientes, con atribución para designar instructores sumariantes para la tramitación de las respectivas denuncias o instrucciones de oficio.

III. Defensa del consumidor

Res. 244/2020 de la Secretaría de Comercio Interior: Suspensión del plazo para ejercicio de garantías contractuales y legales en el marco de la Pandemia
Cita Online: AR/LEGI/A5AU
Publicación: 25/08/2020

Establece que los plazos previstos en las garantías contractuales y legales en los términos de la ley 24.240 y sus modificatorias se tienen por suspendidos por todo el período en que las y los consumidores se hayan visto imposibilitados de ejercer sus derechos en virtud del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio dictado por el dec. 297 de fecha 19 de marzo de 2020 y sus modificatorios. Los proveedores de bienes y servicios deberán informar a las y los consumidores de manera cierta, clara y detallada dicha suspensión en la página de inicio de su sitio *web* o en la pantalla de inicio de su aplicación, de modo visible, así como informarlo en el paso inmediatamente anterior al pago.

IV. Telecomunicaciones

Dec. 690/2020: Modificación a la ley 27.078 Argentina Digital. Tecnología de la Información y de las Comunicaciones.
Cita Online: AR/LEGI/A58K
Publicación: 22/08/2020

Modifica el art. 15 de la ley 27.078 estableciendo que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad.

Modifica, asimismo, el art. 54 incorporando como servicio público, al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades y estableciendo que los precios de estos servicios serán regulados por la autoridad de aplicación, la cual establecerá en la reglamentación la pres-

tación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.

Por su parte, el decreto suspende en el marco de la emergencia del dec. 260/2020, cualquier aumento de precios o modificación de estos desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020, incluyendo los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vínculo físico o radioeléctrico y los correspondientes al servicio de telefonía fija o móvil (incluido los servicios de televisión satelital).

V. Inspección General de Justicia

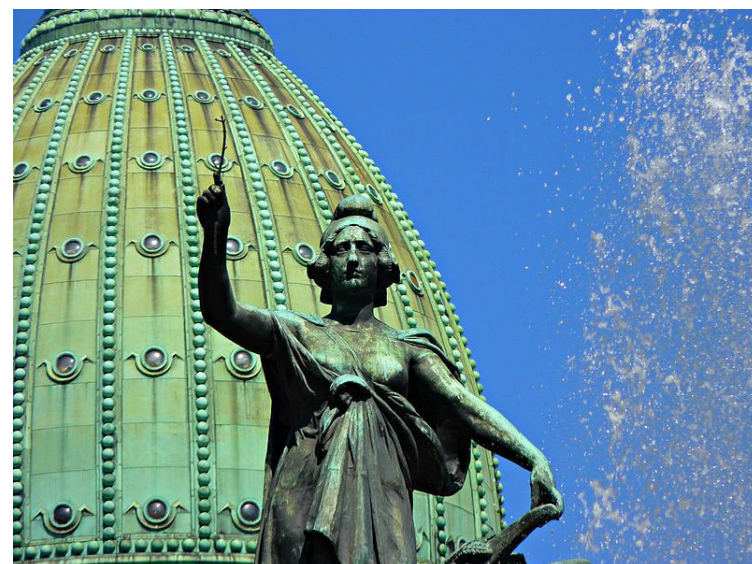
Res. 33/2020: Inscripción de Contratos de Fideicomiso en el Registro Público a cargo de la I.G.J.
Cita Online: AR/LEGI/A4U5
Publicación: 06/08/2020

La norma estipula que se registrarán en el Registro Público a cargo de la Inspección General de Justicia (I.G.J.) los contratos de fideicomiso cuando: 1) al menos uno o más de los fiduciarios designados posea domicilio real o especial en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; o, 2) formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso, acciones, incluidas las de Sociedades por Acciones Simplificadas, o cuotas sociales de una sociedad inscripta ante I.G.J., o establecimientos industriales o comerciales ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuya transmisión se rija por la ley 11.867; o, 3) existan bienes muebles o inmuebles que formen parte de los bienes objeto del contrato de fideicomiso ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si el contrato de fideicomiso involucra bienes registrables no comprendidos en el inc. 2º, su inscripción será de cumplimiento previo a la de la transmisión fiduciaria de dichos bienes en los registros que correspondan a los mismos de conformidad con los arts. 1683 y 1684 del Cód. Civ. y Com. La norma exceptúa de la competencia de la I.G.J., la inscripción de los contratos de fideicomisos financieros que hacen oferta pública a tenor de lo dispuesto en los arts. 1690, 1691 y 1692 del Código Civil

y Comercial. Por su parte, se agrega a la res. general 7/2015 de la I.G.J., el art. 289 el cual dispone que en caso de que surja del contrato de fideicomiso la obligación de emitir estados contables anuales como modo de rendición de cuentas del fiduciario en los términos del art. 1675 del Cód. Civ. y Com., se aplicará el libro IV de dicha res. general 7/2015.

Res. 34/2020: Composición de órganos de administración y control de asociaciones civiles, sociedades anónimas y otros.
Cita Online: AR/LEGI/A4T1
Publicación: 03/08/2020

A partir de la entrada en vigencia de esta resolución las asociaciones civiles en proceso de constitución; las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario; las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren o quedaren comprendidas en el art. 299 de la ley 19.550 (excepto las abarcadas por los inc. 1º, 2º y 7º, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (ley 20.705) deberán incluir en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos. Cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de los miembros femeninos.



La res. 35 de la Inspección General de Justicia, del 11 de agosto de 2020, aclaró que para aquellas entidades alcanzadas por la norma que a la fecha de su entrada en vigencia ya estuviesen inscriptas ante la IGJ, deberán aplicar el criterio de paridad para todas las designaciones posteriores a la entrada en vigencia de la norma.

VI. Compliance en el sector público

Disposición 140/2020 de la AFIP: Creación de un Comité de Integridad y Ética Pública. Disolución de la Dirección de Integridad Institucional.
Cita Online: AR/LEGI/A52V
Publicación: 14/08/2020

Se crea el Comité de Integridad y Ética Pública integrado por los subdirectores de Generales de Coordinación Técnico Institucional, Asuntos Jurídicos, Auditoría Interna, Recursos Humanos y Planificación. Se crea la Dirección Ejecutiva del Comité de Integridad y Ética Pública y se elimina la Dirección de Integridad Institucional.

Cita on line: AR/DOC/2981/2020

RESEÑA DOCTRINARIA



I. Contratación electrónica

Título: El COVID y la hiperexpansión de la contratación electrónica
Autores: Bielli, Gastón E., Abogado (UNLZ); presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI); miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE); secretario de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (Col-ProBA); presidente de la Comisión de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora; docente universitario de grado y posgrado (UBA - UNLZ).
 Ordoñez, Carlos J., Abogado (UNMDP); vicepresidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI); miembro académico del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE); secretario del Trib. Trab. Nº 4 de Mar del Plata; docente de grado y posgrado.
Publicado: AR/DOC/2460/2020

Conforme los autores, el contrato electrónico es el acuerdo de voluntades entre dos o más partes, que expresan su consentimiento de manera virtual, a través de diversos artefactos tecnológicos y del uso de redes locales o globales de comunicación, con la finalidad de obligarse y producir determinados efectos jurídicos patrimoniales, con independencia de cualquier límite físico, geográfico o temporal.

Por su parte, el documento digital es un modo de expresión de la voluntad donde serán pasibles de quedar plasmados uno o más actos jurídicos, entendiéndose por tales los hechos humanos, voluntarios, o conscientes y lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, con la salvedad de que su concepción es en un formato informático-digital. Por todo lo anterior, la teoría general del contrato necesita ser reconfigurada con estas novedosas variables, en donde predomina el uso de vías electrónicas o digitales.

Al momento del perfeccionamiento de la contratación electrónica, siempre según los autores, toma importancia los conceptos de: a) Identidad digital; b) Firma electrónica; y c) Firma digital. Estos permiten la exterioriza-

ción del consentimiento electrónico y son un presupuesto infaltable para la debida imputación de autoría de los participantes (importante al tiempo de la suscripción de contratos electrónicos).

Bielli y Ordoñez describen las tradicionales metodologías de contratación electrónica: a) El correo electrónico: tanto la oferta como la aceptación pueden ser generadas perfectamente a través de un intercambio vía *e-mail*; b) Sistemas de mensajería instantánea: podrán revestir la validez legal necesaria para configurar verdaderos acuerdos electrónicos, siempre que así lo hayan predispuerto las partes en contacto; c) *Electronic data interchange*: el intercambio electrónico de datos es la noción conceptual empleada sobre aquellas comunicaciones electrónicas estandarizadas y estructuradas surgidas en el ámbito empresarial (B2B), como, p. ej., la remisión de órdenes de compra y facturas; d) Plataformas de compraventa y consumidores: en estos contratos, el perfeccionamiento del negocio electrónico requiere de una manifestación expresa de la voluntad mediante un clic en un ícono, imagen o botón habilitado al efecto, en la plataforma donde se lleva a cabo la operatoria. Como nuevas modalidades de contratación electrónica, los autores resaltan: a) Los terceros de confianza: aquellos sistemas informáticos accesibles vía *web*, ya sean públicos o privados, que mediante la implementación de tecnologías tales como la firma electrónica, el sellado de tiempo, conexiones seguras y mecanismos de depósito electrónico hacen las veces de certificadores y depositarios de documentos electrónicos pasibles de atestiguar la ocurrencia de hechos

u actos jurídicamente relevantes suscitados de forma mundo virtual y, consecuentemente, revestirlos del necesario valor probatorio; b) *Smart legal contracts* (o contratos legales inteligentes): sobre este acápite, los autores diferencian los contratos electrónicos (el perfeccionamiento se logra por cualquier mecanismo tecnológico, pero su cumplimiento requiere de la participación de una de las partes desempeñando alguna actividad material) de los contratos legales inteligentes (se ejecutan por sí mismos y no requieren la participación física de alguna de las partes).

Concluyen los autores sosteniendo que el contrato electrónico se irá generalizando más y más en la población —con o sin pandemia—, hasta llegar al punto que dejará en desuso al soporte papel.

II. Firma digital

Título: El instrumento ante las nuevas tecnologías. Quid de la firma digitalizada
Autores: Alterini, Ignacio E., Dr. en Derecho (Universidad Austral). Abogado y Magíster en Derecho Empresarial Económico (Universidad Católica Argentina). Director del Departamento de Derecho Civil; y de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad Austral. Profesor Asociado de Derecho Privado I, Derecho de las Obligaciones, Derecho de Daños y Derechos Reales de la Universidad Austral
 Alterini, Francisco J., doctorado en Derecho (Universidad Austral). Abogado (Universidad Católica Argentina). Diplomado en Derecho Privado. Coordinador académico del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Austral. Profesor Adjunto de Derecho Privado I, Derecho Privado II,

Derecho de las Obligaciones, Derecho de Daños y Derechos Reales de la Universidad Austral.

Publicado: AR/DOC/2392/2020.

Los autores afirman que actualmente conviven tres clases de firma: 1) la ológrafa; 2) la digital: el art. 2º de la ley 25.506 la define como: “al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes; y 3) la electrónica: la firma será “electrónica” cuando ella “carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital” (art. 9º de la ley 25.506).

En la firma “ológrafa” es el tercero quien debe acreditar que la firma es de quien se niega a reconocerla; en la firma “digital” se presume *iuris tantum* la autoría del “titular del certificado digital”, lo que invierte la carga de la prueba del reconocimiento: en esta última hipótesis será el “titular del certificado digital” quien deba demostrar que la firma no es de su paternidad; en la firma “electrónica” el art. 5º, *in fine* de la ley 25.506 prevé que, si ella se desconoce, “corresponde a quien la invoca acreditar su validez”, o sea que se asiste a una situación análoga que a la prevista para la firma ológrafa. Para el segundo supuesto, la firma digital es la única que cuenta con la presunción de integridad del documento, es decir, que en el caso de que la firma sea ológrafa o electrónica, necesariamente se deberá probar que el documento está completo.

No debe confundirse a la “digitalización de una firma” con la llamada “firma digitalizada”, pues mientras aquella se gesta en un “papel” y luego se incorpora a lo “digital”, la firma digitalizada nace en el mundo digital. En específico, detallan que la firma digitalizada es el trazo peculiar que realiza una persona ya no en un soporte papel, sino en uno digital (p. ej.: *signature pad*). Respecto de su naturaleza jurídica, los autores afirman que se asiste a una firma ológrafa y, en consecuencia, se le deben aplicar el mismo marco jurídico (mencionado en los párrafos anteriores).

Por otro lado, y respecto del art. 288, segundo párrafo del Cod. Civ y Com. (“el requisito de la firma ... queda satisfecho si se utiliza una firma digital”, los autores resaltan que dicha firma no es taxativamente la firma digital que se menciona en la ley 25.506, sino que ella pueda llenarse a través de otras expresiones de la firma, como la ológrafa en soporte digital (“digitalizada”).

III. Defensa del consumidor. Publicidad

Título: Los *influencers* como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores

Autores: Marhaba, Débora, Abogada (UNLM). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en contratos y daños en la Universidad de Salamanca.

Barocelli, Sergio Sebastián, Profesor titular ordinario de Derecho Civil III (USAL). Profesor adjunto regular de Derecho Civil y Contratos (UBA). Profesor permanente de posgrado (USAL, UBA, UCA, ESEADE). Investigador adscripto del Instituto Ambrosio L. Gioja (UBA). Miembro de la

Mesa Directiva de la Asociación Internacional de Derecho del Consumidor. Secretario académico del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor. Codirector de la Rev. Argentina de Derecho del Consumidor.

Publicado: AR/DOC/1926/2020.

Los autores inician su artículo describiendo el contexto actual de aceleración social y la era digital, enfatizando en el concepto de “influencers”. Continúan describiendo que dichos “personajes influyentes” son una nueva herramienta del *marketing*, el cual encontró en Internet una forma de publicitar y persuadir a los potenciales consumidores con un costo mucho menor en comparación con la publicidad tradicional realizada por medios electrónicos y analógicos. En ese sentido, afirman que la actividad de los *influencers* encuadra en el marco jurídico de la publicidad.

Amplían lo mencionado en el párrafo anterior al incluir en el concepto de publicidad no tradicional (eventualmente y dependiendo de las circunstancias del caso) a toda persona humana influyente (*influencer*) que utilice medios virtuales para promocionar o referirse a un producto, servicio o marca comercial, a cambio de una remuneración o contraprestación similar.

Frente a la pregunta de si se podría eventualmente considerar responsables civil o administrativamente a los *influencers* que realizan publicidad de ciertos productos que provocan un daño al consumidor, los autores son contundentes al afirmar que

la respuesta es sí. Lo anterior, con base en que en muchas operatorias los *influencers* forman parte de la cadena de producción del producto ya que la empresa ofrece el producto y si el *influencer* vende a más personas (sus seguidores o allegados), recibe una comisión por ello.

Para concluir con su artículo, los autores proponen establecer un código de buenas prácticas de los *influencers* con base en lo aplicado en el Reino Unido. En particular, contendría: 1) Dejar claro a los seguidores cuando se les ha recompensado por anunciar un producto o servicio. P. ej., proponen usar el *hashtag #freebie* (algo así como “regalo gratis”); 2) Ser transparentes acerca de su relación con cualquier marca o negocio actual o razonablemente reciente. Se debe declarar expresamente que la publicación es de naturaleza promocional; 3) No engañar a los consumidores. P. ej., si no revelan el propósito comercial y sugerir que son solo consumidores del producto o servicio relevante, estarían mintiendo a sus seguidores; y 4) No basta con añadir en la biografía de un perfil las marcas con las que se colabora o trabaja. Cada publicación debe tratarse de forma individual y aislada. Dicho código que “funda y promueve la confianza y la transparencia”, también propone que, a través de una serie de *hashtag* uniformes, las publicaciones individuales puedan mostrarse como comerciales o como publicidad, si es que lo son.

Cita on line: AR/DOC/2982/2020



NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

I. Derecho laboral. Responsabilidad solidaria

Tribunal: CNTrab., sala VIII, del 15/07/2020

Partes: Hauscarriaga, Egberto Ignacio c. Edesur S.A. s/ Despido

Publicado en: LA LEY 31/07/2020, p. 10, Cita Online: AR/JUR/27204/2020

Hechos: El juez de primera instancia condena solidariamente a una cooperativa y a Edesur, por entender que medió relación laboral entre el asociado a la cooperativa y el beneficiario final del servicio de transporte prestado por el actor.

Doctrina que se desprende del fallo:

- La sentencia que condenó a las demandadas en los términos del art. 29 de la LCT, debe revocarse, pues no emerge del análisis de las constancias probatorias ni el reclamante se hubiese encontrado sometido a la dependencia técnica, económica y jurídica de la empresa distribuidora de energía eléctrica codemandada ni tampoco que la Cooperativa en la que era asociado se hubiera limitado a reclutarlo para destinarlo a prestar servicios a aquella.

- Dentro del esquema de los atributos configurativos de la relación de dependencia, no luce suficiente alegar que otra empresa, distinta a la empleadora, se hubiese beneficiado con el trabajo del dependiente, atento a que esa situación es demasiado amplia como para definir un contrato laboral. El mencionado “beneficio” puede existir en distintos contratos de colaboración interempresarial, sin que ello habilite una relación directa entre el trabajador y los beneficiarios.

- En cuanto concierne a la dependencia jurídica, no se ha mencionado, ni mucho menos demostrado, que la empresa distribuidora de energía eléctrica codemandada ejerciera la potestad sancionatoria u organizativa, respecto del actor, propias del empleador. No cubre tal exigencia la mera indicación de que los empleados de la empresa le indicaran al

actor los destinos a los que debía llevarlos, en tanto esa indicación no es más que una necesaria información que debe brindarse a quien es contratado para prestar un servicio de transporte.

II. Defensa al consumidor. Responsabilidad objetiva

Tribunal: CCont. Adm. y Trib. CABA, sala II, del 20/12/2019

Partes: Prisma Medios de Pago SA y otros c. GCBA s/ Recurso directo sobre resoluciones de Defensa al Consumidor

Publicado en: LA LEY 29/07/2020, p. 8, Cita Online: AR/JUR/58561/2019

Hechos: Un consumidor efectúa una denuncia administrativa contra las entidades bancarias debido a haber intentado efectuar una extracción en un cajero automático, operación que se registró como realizada, aunque el dinero no fue entregado. La Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor aplicó una multa a las entidades bancarias denunciadas, que apelaron la decisión.

Doctrina que se desprende del fallo:

- Ni el Banco ni la empresa que maneja el sistema de cajeros automáticos pueden desligarse de las eventuales deficiencias del servicio prestado a través de los cajeros que se encuentran en una sucursal de la entidad financiera demandada y pertenecen a su misma red, pues se trata de terminales cuya utilización fue provista por ellos para los usuarios que se encuentren en condiciones de acceder al servicio. En el caso, el consumidor, titular de una tarjeta de débito de otro banco, puede utilizar cualquier cajero de la red, estableciendo así, al acceder al servicio ofrecido por Banco demandado, una relación de consumo entre el usuario y aquellas.

- La empresa que organiza la red del sistema de cajeros automáticos no puede eximirse de la aplicación del art. 19 de la

ley 24.240 por falta de vínculo contractual con el consumidor denunciante por una extracción fallida, ya que es justamente la que brinda el servicio de procesamiento electrónico de las transacciones que se realizan a través de los cajeros automáticos que están conectados a su red de comunicaciones, de modo tal que su intervención resulta imprescindible.

- No corresponde hacer lugar al pedido de daños formulado por el denunciante toda vez que este no ha logrado acreditar el perjuicio económico sufrido que sea reprochable a las sumariadas por una extracción de cajero automática fallida —pues no acompañó algún comprobante que así lo demostrara— ni se refirió a algún otro menoscabo patrimonial concreto que le hubo de ocasionar la falta de acreditación oportuna de las sumas reclamadas.

III. Derecho comercial. Cesión contractual

Tribunal: CNCom., sala F, del 05/03/2020

Partes: Ares Trading Uruguay S.A. y otro c. Bio Sidus S.A. y otros s/ Ordinario

Publicado en: LA LEY 06/04/2020, p. 12, Cita Online: AR/JUR/495/2020

Hechos: Efectuada una cesión de derechos litigiosos el juez de grado hace lugar a la oposición formulada por el deudor cedido. El cesionario del crédito apela el decisorio. La Cámara confirma el decisorio.

Doctrina que se desprende del fallo:

- Una vez trabada la relación jurídico-procesal y encontrándose en trámite el juicio, ningún litigante puede desprenderse de su calidad de tal sustituyendo contractualmente en otra persona su carácter de parte en el proceso sin la conformidad expresa de la contraria.

- Existen dos tipos de sustitución procesal: una, por imperio de la ley, y otra, por la propia actuación de las partes; supuesto este último que acontece cuando se enajena el ob-

jeto litigioso (art. 1009, Cód. Civ. y Com.) o se lleva a cabo su transmisión.

- Conforme a lo normado por el art. 1620 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la cesión surte efectos respecto de terceros desde que se realiza la notificación al cedido, la cual adquiere relevancia dado que marca el inicio de la oponibilidad *erga omnes* del negocio. Así, entonces, no cupo tener presente la oposición a la cesión denunciada sino, más bien, la oposición a la sustitución procesal intentada.

IV. Contratación electrónica. Perfeccionamiento contractual

Tribunal: CNCom., sala C, del 20/05/2020

Partes: Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Dubois, Christian s/ Ejecutivo

Publicado en: LA LEY 05/08/2020, p. 23, Cita Online: AR/JUR/18087/2020

Hechos: Un Banco apela la decisión del juez de grado que rechazó in limine la ejecución intentada utilizando para ello un contrato electrónico. La Cámara confirma el decisorio.

Doctrina que se desprende del fallo:

- La ejecución del título fue bien rechazada, pues el quejoso pretendió justificar la ejecutividad de la deuda en la existencia de un contrato electrónico que se habría materializado por la aceptación de los términos y condiciones mediante el *click* en el botón “sí, acepto”; no obstante, y más allá de que los antecedentes respectivos no fueron siquiera acompañados, lo cierto es que, de todos modos, tal dato estaría revelando la falta de autosuficiencia del título, en tanto calidad indispensable para que un crédito pueda ser cobrado por esta vía, que es en principio refractaria a toda indagación causal; máxime cuando el propio apelante advirtió tal insuficiencia, a poco que se advierta que al proponer la demanda ofreció prueba pericial contable para la hipótesis de que su contendiente desconociera la deuda.

V. Defensa al consumidor. Consumidor expuesto

Tribunal: CNCiv., sala G, del 06/03/2020

Partes: L. M., I. V. c. Crédito Automático S.A. s/ Daños y perjuicios

Publicado en: LA LEY 14/08/2020, p. 4, Cita Online: AR/JUR/19586/2020

Hechos: La actora promovió demanda de daños y perjuicios contra una entidad de crédito con motivo del hostigamiento que sufrió por parte de la accionada que procuraba el cobro de una deuda (que luego se probó inexistente).

En particular, la accionada efectuó llamados telefónicos en el lugar de trabajo de la actora participando a sujetos extraños a ella horadando su honor y su solvencia moral frente a las autoridades de la institución donde desempeñaba tareas. El juez de grado hace lugar a la demanda condenando a la demandada al pago de daño psicológico y daño punitivo. La Cámara reduce los montos indemnizatorios.

Doctrina que se desprende del fallo:

- El art. 1096 del Cód. Civil y Comercial establece como aplicables las nor-

mas vinculadas a contratos de consumo, aun respecto de personas expuestas a las prácticas comerciales, lo cual permite concluir que ello aplica a personas que no han contraído deuda alguna, pero que, por la práctica de la entidad accionada, operadora al menos en el mercado de cobranza comercial o recupero de crédito, se encuentran involuntariamente inmersas en el flujo del giro que esta explota.

- El procedimiento de cobro, que exhibe los perfiles de un hostigamiento al pretenso deudor de quien se pretende la satisfacción

de una presunta deuda dineraria, puede subsumirse en las prácticas abusivas contempladas en el art. 1096 del Cód. Civil y Comercial.

- Si como consecuencia de la lesión psíquica se encuentra acreditada la necesidad de que la víctima deba someterse a un tratamiento psicoterapéutico a efectos de que su afección no tienda a agravarse progresivamente, el costo de tales sesiones aparece como un daño indemnizable.

Cita on line: AR/DOC/2983/2020a

↓ PANORAMA INTERNACIONAL

Europa: Ensayos clínicos destinados a tratar el Covid (*)

*Reglamento (UE) 2020/1043 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2020 relativo a la realización de ensayos clínicos y al suministro de medicamentos para uso humano que contengan organismos modificados genéticamente o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la enfermedad coronavírica (COVID-19) **

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea,

Considerando lo siguiente:

(...) 3) Conforme a lo dispuesto en la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (...), antes de iniciar un ensayo clínico, los promotores deben solicitar la autorización de la autoridad competente del Estado miembro en el que esté previsto realizar el ensayo. La finalidad de la autorización es proteger los derechos, la seguridad y el bienestar de los sujetos de ensayos clínicos y garantizar la fiabilidad y la solidez de los datos que se generen en los ensayos clínicos.

4) En virtud de la Directiva 2001/20/CE, la autorización para la realización de un ensayo clínico se concede sin perjuicio de la aplicación de las directivas 2001/18/CE (...) y 2009/41/CE (...) del Parlamento Europeo y del Consejo.

5) Conforme a la Directiva 2001/18/CE, la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente [en lo sucesivo, (OMG)] con cualquier propósito distinto de su comercialización está sujeta a una notificación y a una autorización por escrito de la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio vaya a tener lugar la liberación. La notificación debe incluir una evaluación del riesgo medioambiental realizada de conformidad con el anexo II de la Directiva 2001/18/CE, así como un expediente técnico que proporcione la información que se especifica en el anexo III de dicha directiva.

6) La directiva 2009/41/CE dispone que se evalúen caso por caso los riesgos para la salud humana y el medio ambiente vinculados a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente. A tal fin, dicha directiva establece que el usuario debe evaluar los riesgos para la salud humana y el medio ambiente que puede plantear el tipo específico de utilización confinada valiéndose, como mínimo, de los elementos de evaluación y del procedimiento establecidos en el anexo III de dicha directiva.

(...) 8) En los ensayos clínicos con medicamentos en investigación que contienen OMG o están compuestos por estos organismos, la experiencia demuestra la complejidad del procedimiento para cumplir los requisitos de las directivas 2001/18/CE y 2009/41/CE en lo que respecta a la realización de la evaluación del riesgo medioambiental y la autorización de la autoridad competente de un Estado miembro, procedimiento que además puede llevar un tiempo considerable.

9) La complejidad de dicho procedimiento aumenta en gran medida cuando los ensayos clínicos multicéntricos se realizan en varios Estados miembros, ya que los promotores de los ensayos clínicos deben solicitar autorizaciones en paralelo a varias autoridades competentes en distintos Estados miembros. Además, los requisitos y procedimientos nacionales a efectos de la evaluación del riesgo medioambiental y de la autorización por escrito de las autoridades competentes para la liberación intencional de OMG con arreglo a la directiva 2001/18/CE varían considerablemente de un Estado miembro a otro. Si bien en algunos Estados miembros una única solicitud de autorización relativa a la realización del ensayo clínico y a los aspectos relacionados con los OMG puede presentarse a una única autoridad competente, en otros Estados miembros deben presentarse solicitudes paralelas a distintas autoridades competentes. Asimismo, algunos Estados miembros aplican la directiva 2001/18/CE, otros aplican la directiva 2009/41/CE y algunos aplican una de las dos en función de las circunstancias específicas de los ensayos clínicos, por lo que no es posible determinar *a priori* el procedimiento nacional que debe seguirse. Por otro lado, hay Estados miembros que aplican ambas directivas simultáneamente y a diversos tipos de operaciones en un mismo ensayo clínico. Los intentos de racionalización del proceso a través de la coordinación informal entre las autoridades competentes de los Estados miembros han resultado infructuosos. Además, existen variaciones entre los requisitos nacionales en cuanto al contenido que debe recoger el expediente técnico.

10) Por consiguiente, es especialmente difícil la realización de ensayos clínicos multicéntricos con medicamentos en investigación que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos en los que participen varios Estados miembros.

(...) 16) Es sumamente importante que los ensayos clínicos con medicamentos en inves-



tigación que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, puedan realizarse en la Unión y puedan iniciarse lo antes posible, y que no se retrasen debido a la complejidad de los diferentes procedimientos nacionales que hayan establecido los Estados miembros en aplicación de las directivas 2001/18/CE y 2009/41/CE.

17) (...) En la situación sin precedentes de emergencia sanitaria que ha creado la pandemia de COVID-19, es necesario que prevalezca la protección de la salud pública. Por lo tanto, es preciso conceder una excepción temporal a los requisitos relativos a una evaluación previa del riesgo medioambiental y a la autorización con arreglo a las directivas 2001/18/CE y 2009/41/CE por el período de duración de la pandemia de COVID-19 o mientras la COVID-19 constituya una emergencia de salud pública. La excepción debe limitarse a los ensayos clínicos con medicamentos en investigación que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19. Durante el período en el que sea aplicable la excepción temporal, la evaluación del riesgo medioambiental y la autorización con arreglo a las directivas 2001/18/CE y 2009/41/CE no deben constituir un requisito previo para la realización de dichos ensayos clínicos.

18) Con el fin de garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente, los centros en los que se produzca la modificación genética de virus de tipo natural y se realicen las actividades vinculadas deben seguir estando sujetos al cumplimiento de la directiva 2009/41/CE. Por consiguiente, la fabricación de medicamentos que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, incluidos medicamentos en investigación, debe de estar excluida de la excepción temporal. Además, debe exigirse a los promotores que apliquen medidas adecuadas para minimizar

los impactos medioambientales negativos que puedan verse, sobre la base de los conocimientos disponibles, como resultado de la liberación intencional o no intencional en el medio ambiente de los medicamentos en investigación.

19) En consecuencia, cuando se presente una solicitud de autorización de comercialización de medicamentos que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, en virtud de la Directiva 2001/83/CE o del Reglamento (CE) N° 726/2004, cuyos ensayos clínicos estarían amparados por la excepción establecida en el presente Reglamento, no debe exigirse al solicitante que incluya la autorización por escrito de la autoridad competente para la liberación intencional en el medio ambiente de OMG con fines de investigación y desarrollo, tal como se establece en la parte B de la directiva 2001/18/CE.

20) El presente Reglamento no afecta a las normas de la Unión sobre medicamentos para uso humano. Conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) N° 726/2004, la EMA debe seguir evaluando el impacto medioambiental de los medicamentos que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, paralelamente a la evaluación de la calidad, la seguridad y la eficacia de los medicamentos en cuestión, respetando los requisitos de seguridad medioambiental establecidos en la directiva 2001/18/CE.

21) La directiva 2001/20/CE sigue siendo de aplicación y los ensayos clínicos con medicamentos en investigación que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, siguen necesitando la autorización por escrito concedida por la autoridad competente de cada Estado miembro en el que se realice el ensayo. Se mantiene

(*) La presente es una síntesis del Reglamento 2020/1043 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2020 efectuada por el editor del Suplemento Abogado Corporativo. Se puede consultar una versión

completa del Reglamento en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R1043&from=EN>.



SEMINARIOS the answer company
THOMSON REUTERS

PROGRAMA INTENSIVO DE FORMACIÓN PARA ABOGADOS CORPORATIVOS

Objetivos: programa intensivo de actualización para abogados de empresas con foco en temas jurídicos (sociedades, contratos, derecho laboral, derecho y nuevas tecnologías y *compliance*) y en temas de *management*: liderazgo para abogados, *legal operations* y gestión de proyectos legales, finanzas corporativas, inteligencia emocional y gestión de conflictos, diversidad e inclusión en las empresas.

Director: Diego F. Marinotti

Cuerpo docente: María Angélica Grisolia, Lorena Schneider, Esteban Carcavallo, Santiago Mora, Rodolfo Christophersen, Mariana Idrogo, Laura Lavia, Cdr. Rodrigo Hermida, Lic. Deborah Bronstein, Lic. Graciela Kort, Ing. Ignacio Bossi.

Metodología: clases sincrónicas (martes y jueves) y asincrónicas.

Fechas: del 20 de octubre al 24 de noviembre 2020

asimismo la obligatoriedad de cumplir los requisitos éticos y las buenas prácticas clínicas en la realización de los ensayos clínicos, así como de respetar las prácticas correctas de fabricación en la producción o importación de medicamentos en investigación que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos.

22) Por regla general, ningún medicamento puede ser comercializado en la Unión ni en ningún Estado miembro sin que las autoridades competentes hayan concedido una autorización de comercialización en virtud de la directiva 2001/83/CE o del Reglamento (CE) N° 726/2004. No obstante, la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) N° 726/2004 establecen excepciones a ese requisito en caso de existir una necesidad urgente de administrar un medicamento para satisfacer las necesidades específicas del paciente, con fines de uso compasivo, o en respuesta a la propagación presunta o confirmada de agentes patógenos, toxinas, agentes químicos o radiaciones nucleares que puedan causar daños. En particular, conforme al art. 5º, apartado 1, de la directiva 2001/83/CE, los Estados miembros, de acuerdo con la legislación vigente y con vistas a atender necesidades especiales, pueden excluir de las disposiciones de la Directiva los medicamentos que se suministren atendiendo a una solicitud de uso compasivo, elaborados de acuerdo con la prescripción de un facultativo reconocido y destinados a un paciente individual bajo su responsabilidad personal directa. Conforme al artículo 5, apartado 2, de la directiva 2001/83/CE, los Estados miembros también pueden autorizar temporalmente la distribución de medicamentos no autorizados en respuesta a la propagación supuesta o confirmada de un agente patógeno o químico, toxina o radiación nuclear que puedan causar daños. Con arreglo al art. 83, apartado 1, del Reglamento (CE) N° 726/2004, los Estados miembros pueden, con fines de uso compasivo, poner medicamentos para uso humano a disposición de un grupo de pacientes que padezcan una enfermedad crónica o gravemente debilitadora o cuya enfermedad se considere potencialmente mortal y que no

puedan ser tratados satisfactoriamente con un medicamento autorizado.

(...) 24) Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, establecer una excepción temporal a la legislación de la Unión sobre OMG para garantizar que no se retrase la realización de ensayos clínicos en el territorio de varios Estados miembros con medicamentos en investigación que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, y aclarar la aplicación del art. 5º, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/83/CE y del art. 83, apartado 1, del Reglamento (CE) N° 726/2004 en lo que respecta a medicamentos que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, no pueden ser alcanzados por los Estados miembros de manera suficiente, sino que, debido a sus dimensiones y efectos, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el art. 5º del Tratado de la Unión Europea (TUE). (...)

25) Teniendo en cuenta esta urgencia, conviene establecer una excepción al plazo de ocho semanas previsto en el art. 4º del Protocolo N° 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, anejo al TUE, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

26) Teniendo en cuenta los objetivos del presente Reglamento de garantizar que los ensayos clínicos con medicamentos en investigación que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, puedan iniciarse sin demora y de aclarar la aplicación del art. 5º, apartados 1 y 2, de la directiva 2001/83/CE y del art. 83, apartado 1, del Reglamento (CE) N° 726/2004 por lo que se refiere a medicamentos que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, el presente Reglamento debe entrar en vigor con carácter urgente el día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Han adoptado el presente reglamento:

Artículo 1

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

1) “ensayo clínico”: el ensayo clínico tal como se define en el art. 2, letra a), de la directiva 2001/20/CE;

2) “promotor”: el promotor tal como se define en el art. 2, letra e), de la directiva 2001/20/CE;

3) “medicamento en investigación”: el medicamento en investigación tal como se define en el art. 2, letra d), de la directiva 2001/20/CE;

4) “medicamento”: el medicamento tal como se define en el art. 1, punto 2, de la directiva 2001/83/CE;

5) “Organismo Modificado Genéticamente” o OMG: el organismo modificado genéticamente tal como se define en el art. 2, punto 2, de la directiva 2001/18/CE.

Artículo 2

1. Ninguna de las operaciones relacionadas con la realización de ensayos clínicos, incluidos el embalaje y etiquetado, el almacenamiento, el transporte, la destrucción, la eliminación, la distribución, el suministro, la administración o la utilización de los medicamentos de uso humano en investigación que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, a excepción de la fabricación de los medicamentos en investigación, estará sujeta a la realización de una evaluación previa del riesgo medioambiental ni a la obtención de una autorización de conformidad con los arts. 6º a 11 de la directiva 2001/18/CE o los arts. 4º a 13 de la directiva 2009/41/CE cuando estas operaciones estén vinculadas con la realización de ensayos clínicos autorizados de conformidad con la directiva 2001/20/CE.

2. Los promotores aplicarán las medidas adecuadas para reducir al mínimo los impactos medioambientales negativos previsibles que se deriven de la liberación intencional o no intencional del medicamento en investigación en el medio ambiente.

3. No obstante lo dispuesto en el art. 6, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) N° 726/2004 y en la parte I, punto 1.6, párrafo cuarto, segundo guion, del anexo I de la directiva 2001/83/CE, en las solicitudes de autorización de comercialización de medicamentos que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, el solicitante no estará obligado a incluir una copia de la autorización por escrito de la autoridad competente relativa a la liberación intencional en el medio ambiente de OMG con fines de investigación y desarrollo, de conformidad con la parte B de la directiva 2001/18/CE.

Artículo 3

1. Los arts. 6 a 11 y 13 a 24 de la directiva 2001/18/CE así como los arts. 4 a 13 de la Directiva 2009/41/CE no se aplicarán a las operaciones relacionadas con el suministro y la utilización de medicamentos que contengan OMG o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la COVID-19, incluidos el embalaje y etiquetado, el almacenamiento, el transporte, la des-

trucción, la eliminación, la distribución o la administración, a excepción de la fabricación de medicamentos, en cualquiera de los casos siguientes:

a) Cuando dichos medicamentos hayan sido excluidos de las disposiciones de la directiva 2001/83/CE por un Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el art. 5º, apartado 1, de dicha Directiva;

b) Cuando dichos medicamentos hayan sido autorizados temporalmente por un Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el art. 5º, apartado 2, de la Directiva 2001/83/CE, o;

c) Cuando un Estado miembro haya puesto a disposición dichos medicamentos con arreglo a lo dispuesto en el art. 83, apartado 1, del Reglamento (CE) N° 726/2004.

2. Cuando sea posible, los Estados miembros aplicarán las medidas adecuadas para reducir al mínimo los impactos medioambientales negativos previsibles que se deriven de la liberación intencional o no intencional del medicamento en el medio ambiente

Artículo 4

1. El presente Reglamento será aplicable mientras la OMS haya declarado la COVID-19 como una pandemia o mientras se aplique un acto de ejecución por el cual la Comisión reconozca una situación de emergencia de salud pública debido a la COVID-19 de conformidad con el art. 12 de la decisión 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1).

2. Cuando las condiciones para la aplicación del presente Reglamento a que se refiere el apartado 1 ya no se cumplan, la Comisión publicará un anuncio en el *Diario Oficial de la Unión Europea* a tal efecto.

3. Los ensayos clínicos que entran dentro del alcance del art. 2º del presente Reglamento que se hayan autorizado en virtud de la directiva 2001/20/CE antes de la publicación del anuncio mencionado en el apartado 2 del presente artículo podrán continuar y utilizarse para sustentar una solicitud de autorización de comercialización, con carácter válido, aun cuando no se haya realizado una evaluación del riesgo medioambiental o no se disponga de una autorización de conformidad con los arts. 6 a 11 de la directiva 2001/18/CE o los arts. 4 a 13 de la directiva 2009/41/CE.

Artículo 5

El presente Reglamento entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Hecho en Bruselas, el 15 de julio de 2020.

Por el Parlamento Europeo

El Presidente

D. M. SASSOLI

Por el Consejo

La Presidenta

J. KLOECKNER

Cita on line: AR/DOC/2984/2020

(1) Decisión 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por la

que se deroga la Decisión N° 2119/98/CE (DO L 293 de 5/11/2013, p. 1).