

Criptomonedas



Doctrina

Algunos aspectos sobre las *stable coins* y su utilización en Argentina



Alejandro González Rossi

Director en el Curso "Blockchain Derecho y Empresa" (UAustral).

SUMARIO: I. Introducción.— II. El dinero.— III. Blockchain, los tokens y las criptomonedas.— IV. Las *Stable Coins*. Caracterización, clasificación.— V. El pago con *Stable Coins*. ¿Son cosa o dinero?— VI. Conclusiones.

Continúa en p. 2

Criptomonedas como desafío al derecho patrimonial Aspectos obligacionales, procesales y concursales



Gabriel de las Morenas

Abogado, Master en Derecho Empresario (Univ. Católica de Cuyo).

SUMARIO: I. Breves conceptos sobre las criptomonedas.— II. Las criptomonedas en el derecho argentino. El art. 764 del Código Civil y Comercial como regla.— III. ¿Obligaciones de dar o hacer? ¿Cosas o bienes?— IV. Otra cuestión: ¿La compra con criptomonedas es una compraventa?— V. Otra cuestión crucial: ¿Quién es propietario de la moneda *cripto*?— VI. *Cryptopia*. ¿Un precedente salomónico?— VII. Embargo y criptomonedas.— VIII. ¿Qué tipo de medidas podrían ser útiles para colocar la moneda *cripto* bajo la mano de acreedores?— IX. ¿Es necesario dictar nuevas reglas procesales?— X. ¿Y en un contexto concursal?— XI. Otras incidencias de los cryptoactivos en sede concursal.— XII. Ideas conclusivas.

Continúa en p. 3

Criptomonedas: una transformación institucional



Bernardo Saravia Frías

Abogado (UBA). Master en Derecho Empresario (UAustral). LLM (University of Illinois). Profesor de Derecho Bancario y Derecho Constitucional Profundizado (UAustral). Árbitro de la Bolsa de Comercio de Córdoba y del Mercado Abierto Electrónico. Ex Secretario Legal y Técnico del Ministerio de Hacienda de la Nación. Ex Procurador del Tesoro de la Nación.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El sistema monetario en jaque.— III. Conclusión.

Continúa en p. 8

Algunos aspectos sobre las *stable coins* y su utilización en Argentina

Alejandro González Rossi

I. Introducción

En el presente trabajo trataré de abocarme a algunas complejidades que se dan en el ámbito de la utilización del pago de obligaciones con criptomonedas, tomando en especial el caso de la utilización de las denominadas “Stable Coins” o *monedas estables* en su traducción al castellano. Procederé para ello a explicar someramente la función del dinero, la introducción a los *criptotokens* con su especie la *criptomonedada* (1), y finalmente explicar qué son las Stable Coins, y algunos de sus encuadres posibles cuando se utilizan en Argentina.

II. El dinero

Nada nuevo se dice si se afirma que el dinero tiene como principal función desde su aparición favorecer y facilitar el intercambio económico, que permitió la evolución de sociedades más complejas y con actividad económica creciente.

En particular su utilización tiene ventajas fundamentales que son: 1) Es una unidad de cuenta: ya que permite la comparación de precios relativos entre bienes, siendo superior al trueque; 2) Sirve como medio de intercambio: Dado que cualquier persona puede aceptar el dinero como medio de pago, para poder a su vez con el mismo proceder a comprar bienes a otros; 3) Es reserva de valor: permite su atesoramiento para poder usar en el tiempo.

Mundialmente como característica normal el dinero hoy se basa en la confianza, dado que es emitido por Estados soberanos con bancos centrales independientes que controlan el flujo monetario. En otras palabras, el denominado “patrón oro”, que rigió durante mucho tiempo, no es hoy habitual, y simplemente el dinero que se emite tiene como base la confianza de que su utilización puede llevar a la concreción de las ventajas mencionadas. Es por ello que habitualmente se lo denomina a este tipo de dinero moneda *fiat*.

Ahora bien, las graves recesiones que se han producido, no solo localmente, sino regional y hasta mundialmente, han llevado a cuestionar si esta forma de entender el dinero es la que permite mayor seguridad en la gente. En otras palabras, la confianza en la compleja, vasta y globalizada sociedad contemporánea no es tanta, principalmente en situaciones de baja en la economía, y precisamente una de estas últimas recesiones —la denominada crisis subprime— llevó directamente, a mi entender, a la aparición de la tecnología Blockchain como medio de pago de persona a persona y sin intermedia-

rios, lo que es más conocido como “criptomonedas”.

III. Blockchain, los tokens y las criptomonedas

En el año 2008, si bien mucho antes ya había habido algunos intentos desde la informática, la economía y las matemáticas de resolver este problema del dinero *fiat*, una persona o grupo de ellas actuando bajo un seudónimo de Satoshi Nakamoto, publico un *White Paper* en el que procedió a la creación de un sistema de transferencia *peer to peer* —persona a persona— mediante la utilización de la tecnología Blockchain y con una programación de incentivos para su desarrollo que implicaba lisa y llanamente la posibilidad de llevar un registro absolutamente descentralizado, privado, seguro y escalable como nunca se había podido ver hasta esa fecha (2), permitiendo entre otras cosas, a través del desarrollo de la tecnología Blockchain, la aparición posterior de la posibilidad de verdaderos *Smart Contracts*, o contratos autoejecutables, organizaciones totalmente autónomas como las denominadas DAO (*decentralized autonomous organizations*) o DAC (*decentralized autonomous corporation*), y un avance y progreso en la informática como no se había visto desde la aparición masiva de Internet en los años ‘90 (3).

Este documento técnico de origen mitológico mencionado dio inicio a la red Blockchain de Bitcoin, y se instauró la forma en que a través de un sistema distribuido de datos en bloques encriptados y cuya validación requiere de un importante esfuerzo computacional (4), se pueda transferir entre personas directamente y sin intermediarios lo que sería un token (5) que se denomina *bitcoin*, y cuyo valor es simplemente el que el mercado le asigna, en confianza de que —la criptomoneda— se transforme en algún momento en un medio masivo de cambio asequible, fácil y claro, pero con las características de descentralización, su semiprivacidad, escalabilidad, y seguridad en cuanto a su trazabilidad. Básicamente puede definirse a una Blockchain como “... un libro digital compartido que abarca una lista de bloques conectados y almacenados en una red distribuida, descentralizada y protegida mediante criptografía, sirviendo como un depósito de información irreversible e incorruptible” (6).

En esto claramente la red Bitcoin, con su token nativo el *bitcoin* o habitualmente mencionado como *btc*, es una idea económica/social/filosófica que muestra una nueva forma de dinero, dado que en definitiva tiene aspiración de cumplir con sus funcionalidades.

Esta y ninguna otra ha sido la importancia de la red Bitcoin, la primera en utilizar la tecnología Blockchain para transferencia de un valor (el *bitcoin*) que puede ser utilizado para el intercambio de bienes y/o servicios y también como refugio de valor, dado que ha demostrado en sus 12 años de existencia que su precio ha aumentado constantemente, si bien con gran volatilidad de mayor o menor medida temporal.

Por otro lado, la característica principal de la tecnología Blockchain es, como se dijo más arriba, que se puede utilizar para otras prestaciones, como por ejemplo el desarrollo de los *Smart Contracts*, que pueden conceptualizarse como el código o protocolo informático que expresa el conjunto de cláusulas contractuales o pactos que susciben las partes, siendo que los pactos se incorporan a un *software* para automatizar sus prestaciones, o en su caso los remedios de adaptación o desvinculación (7).

Es por esto que la clasificación de los tokens solamente como criptomonedas no sería correcta, siendo que en realidad se los podría dividir en principio en cuatro categorías distintas: a) las *Criptomonedas*, tokens con aspiración de ser moneda de cambio; b) los *Criptoutilities*, es decir tokens que básicamente brindan servicios a sus poseedores; c) los *Criptosecurities*, tokens que se encuentran dirigidos a la inversión o ganancia; y d) los *Criptoassets*, o tokens representativos de bienes de la economía real y/o virtual (8).

Consecuentemente las criptomonedas son o intentan ser una nueva forma de moneda cuya utilización para las funciones del dinero depende del uso de la tecnología. En tal sentido, se basan en un protocolo informático, un libro mayor (*ledger*) para el historial de dominio y transacciones, y una red descentralizada que permite la auditoría pública. Utilizaré en el presente sin embargo en forma indistinta los términos token, *criptotoken*, *criptomonedas*, sin perjuicio de dejar a salvo la diferenciación mencionada en el párrafo anterior.

Aunque no son emitidas en principio por gobiernos, su confianza y fortaleza hoy por hoy reside en la utilización que se haga de ellas. Existen actualmente más de 9000 tokens en el mundo, muchos de ellos criptomonedas, con suerte dispar de utilización, pero en particular *bitcoin*, la primera de ellas, muestra un uso creciente y una fama últimamente de reserva de valor, siendo llamada popularmente el “oro digital”.

IV. Las *Stable Coins*. Caracterización, clasificación

Las comúnmente denominadas *criptomonedas* pueden ser definidas primariamente como “un activo digital que está construido para funcionar como un medio de intercambio, basado en la tecnología de la criptografía, para asegurar el flujo transaccional, así

como para controlar la creación de unidades adicionales de la divisa” (9).

Ahora bien, las *stable coins*, como lo indicaría su nombre, pueden ser caracterizadas como un tipo particular de *criptomonedas* que está diseñada para mantener un valor estable, en lugar de fluctuaciones significativas (10). Tether es una *criptomonedas* considerada la primera *Stable Coin* del mercado, dando su creación del año 2014. A ella siguieron otras, pudiendo destacarse Paxos Standard Token, TrueUSD, Gemini Dollar, USD Coin, Binance USD, DAI, BitUSD, UST, etc.

La introducción de *Stable Coins* en el mercado de los *criptotokens* tiene su causa en la necesidad de algún tipo de reserva estable de valor en el volátil, intenso y extremo mercado de las *criptomonedas* y sus transacciones. Tienen gran utilización y popularidad desde que por su diseño también ofrece alta privacidad, seguridad, y usualmente la transacción tiene tarifas menos costosas que otras *cripto*, y más velocidad de acreditación. Se trata de quizá un intento de conciliar lo mejor de dos mundos, el dinero *fiat* y las *criptomonedas* (11).

Su existencia no es de menor importancia, dado que en todo el mundo —por lo menos el de mayor progreso social y económico— puede verse que el uso de billetes físicos y de concurrencia a bancos va descendiendo, dado que la utilización del denominado *cash* o efectivo tiene costos de transacción elevados, intermediación entre bancos, acarreo, gestión almacenamiento, protección, contabilidad, etc., siendo todo ello desventajas que el dinero virtual no tiene, o que en todo caso padece en grados mínimos (12).

Actualmente puede verse dos tipos de *criptomonedas* estables: aquellas que se encuentran colateralizadas o aquellas que no se encuentran colateralizadas (13).

Entre las del primer tipo podemos citar a las que su respaldo lo constituyen activos estables, como puede ser, por ejemplo, la moneda dólar estadounidense o euro, es decir que su generación está atada a la existencia en poder del emisor —o de una entidad contractualmente obligada o de un fideicomiso destinado a la guarda— de la moneda con la que mantiene paridad. También dentro de este tipo pueden tomarse otras monedas como el *real* brasileño como colateral u otras monedas que hoy en día se encuentran claramente devaluadas como el peso argentino, y cuya utilidad puede ser más que nada de seguridad y velocidad y bajo costo transaccional en su caso.

Un ejemplo ello lo constituye la primera *Stable Coin* mencionada, *USDT* de Tether, la cual es un token emitido que corre sobre la red Blockchain de Ethereum, y que pregona tener como su colateral tanto dinero físico como bonos en dólares estadounidenses

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Si bien se alude a *criptomonedas*, *criptotokens*, *tokens*, en forma indistinta, y sin perjuicio de algunas aclaraciones que se efectuarán en el presente, basta por ahora mencionar que el nombre correcto es *criptotokens* como género, siendo una de las especies las *criptomonedas*.

(2) Para un análisis del sistema se recomienda la lectura del *White Paper* de Satoshi Nakamoto. Ver en https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf.

(3) La aparición del proyecto de la red blockchain Ethereum en el 2013, finalmente iniciada en el 2015 favoreció la importancia de esta tecnología en la prestación de servicios, entre otros la posibilidad de comenzar a desarrollar “*Smart contracts*”.

(4) Para la aprobación de transacciones en la red blockchain de Bitcoin es necesario un trabajo de proce-

samiento de información y resolución de problemas matemáticos que implica la intervención de nodos (computadores) denominados “mineros”, que compiten entre sí y permiten el desenvolvimiento de la red a cambio de recompensas. Esta red por la forma en que está concebida no ha podido ser hackeada hasta el día de la fecha con la tecnología actual, dado que hace falta de alguna manera “vencer” a otros computadores para poder cometer fraude sobre los registros requiriéndose actualmente un poder computacional de procesamiento tan grande que hace inviable económicamente un intento de tales características.

(5) Un *token*, como lo dice la palabra en idioma inglés, es un símbolo de algo. En el tema en cuestión aludimos a *criptotokens*, señalando que son símbolos que consisten en una representación digital que utiliza la tecnología blockchain y la criptografía.

(6) PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves en [\[vistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/21468\]\(http://vistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/21468\) obtenido el 5/4/21.](http://re-</p>
</div>
<div data-bbox=)

(7) ARGELICH COMELLES, Cristina, “Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual” <https://indret.com/smart-contracts-o-code-is-law-soluciones-legales-para-la-robotizacion-contractual/#:~:text=Smart%20contracts%20o%20Code%20is%20Law%3A%20soluciones%20legales%20para%20la%20robotizaci%C3%B3n%20contractual,-Cristina%20Argelich%20Comelles&text=El%20presente%20trabajo%20ofrece%20soluciones,inform%C3%A1tico%20que%20autoejecuta%20su%20contenido>. Obtenido el 5/4/21.

(8) HILLAR PUXEDDU, Alejandro, “El régimen legal de la moneda digital, los tokens y los *criptoactivos*”, LA LEY 05/05/2021, 4.

(9) “At its simplest, a cryptocurrency can be thought of as a digital asset that is constructed to function as a me-

dium of exchange, premised on the technology of cryptography, to secure the transactional flow, as well as to control the creation of additional units of the currency.” CHOCHAN, Usman W., *Cryptocurrencies: A Brief Thematic Review*. University of New South Wales, Discussion Paper, 4 de Agosto de 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024330, obtenido el 13/5/2021.

(10) *Stablecoin*, Binance Academy, <https://www.binance.vision/glossary/stablecoin>. Obtenido el 5/4/21.

(11) Ibidem.

(12) CALCATERRA, Craig, “Stable Cryptocurrencies: First Order Principles”. *Stanford Journal of Blockchain, Law & Policy* Vol. 4 no. 1 <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/stable-cryptocurrencies-principles/release/1> obtenido el 13/5/21.

(13) Ibidem.

que permiten a la criptomoneda apegarse al concepto de 1 USDT= 1 Dólar.

También dentro del primer tipo de criptomonedas estables colateralizadas tenemos aquellas cuyo respaldo lo constituyen otras criptomonedas “no estables”. Ejemplo de ello lo constituye la criptomoneda denominada *DAI*, la cual inicialmente tiene como fundamento la existencia de otras criptomonedas, como *ether* de la red Ethereum, por ejemplo que se encuentran de alguna manera bloqueadas para su uso y cuyo valor tiene que superar a la cantidad de *DAI* que respaldan, garantizando mediante un protocolo informático que los *DAI* emitidos siempre tienen la relación de 1 a 1 con el dólar estadounidense, mediante un proceso que implica la realización del colateral, si llega a puntos críticos, y la compra de *DAI*, para su cancelación en el caso de baja del colateral, y la fijación de tasas distintas para la emisión *DAI* para los casos de suba de la criptomoneda estable.

De la misma manera se podría colateralizar con otros activos del mundo, como puede ser el oro o la plata, siempre que el token a utilizar se apegue al valor estable pretendido, dado que en caso contrario lo que se estaría haciendo es emitir un *criptoasset* como fuera mencionado más arriba.

Otro ejemplo de criptomoneda colateralizada, pero en una interesante propuesta, puede ser *UST* de la Blockchain de Terra. Consiste en una colateralización “mutua” de dos tokens, el token Luna y el token *UST*, y cuando este último baja o sube de valor, como la relación de ambos siempre considere que 1 *UST* es igual a 1 U\$S, se incentiva a los tenedores a “quemar” *UST* obteniendo Luna a cambio, siempre en miras de sostener la paridad (14).

Ahora bien, entre las monedas no colateralizadas, que en principio utilizando la teoría de la cantidad de dinero y con algoritmos apropiados a tal fin, podría, siempre en un supuesto matemático, mantener la estabilidad de una criptomoneda apegada a un activo considerado estable, como puede ser por ejemplo el dólar estadounidense. En tal sentido es interesante el *White Paper* de Basis, que propone un sistema algorítmico de emisión, bonos y cancelación de tokens, con utilización de oráculos —sistemas que proporcionan información externa a una blockchain— para funcionar como una especie de Banco Central Cripto, y basando ello en la teoría monetarista y teoría de juegos de Thomas Schelling, todo con base en que se puede no solamente emitir un token apegado a

una moneda *fiat*, sino que podría también apegar la *Stable Coin* a la canasta de consumidor (15).

El único proyecto realizado en este último tipo de moneda estable no colateralizada que conozco en tal sentido es *Basis Cash*, la que actualmente no se encuentra en cumplimiento del objetivo de estabilidad (16).

V. El pago con Stable Coins. ¿Son cosa o dinero?

Uno de los tantos problemas a resolver, tanto en cuanto a los *criptotokens* en general como a las *Stable Coins* en particular, es si son dinero o cosa. En otras palabras, si se puede o no comprar productos o servicios con ellas, y en su caso que régimen obligatorio les sería aplicable.

Para comenzar se puede decir que en nuestro Código Civil y Comercial en su art. 16 se expone la clasificación de bienes, que son aquellos susceptibles de apreciación pecuniaria, siendo que cuando son materiales reciben el nombre de cosas. Una criptomoneda es un código informático, y como tal inmaterial, y al tener valoración patrimonial es perfectamente encuadrado en la categoría de bienes.

En Argentina incluso la Administración Federal de Ingresos Públicos solicita la declaración de criptomonedas a los contribuyentes; y si bien al día de la fecha existen muchas zonas grises impositivas, es posible decir que bitcoin es un activo patrimonial, que se compra y se vende en el país de persona a persona, y que se transfiere para negociación y pagos en el extranjero, utilizándose tanto lo que es conocido como billeteras virtuales (*wallets*), que son un *software* o incluso *hardware* diseñado exclusivamente para almacenar y gestionar las claves públicas y claves privadas de nuestras criptomonedas, como también se usan los servicios de instituciones de intercambio, los *exchanges*, en los que las personas pueden colocar órdenes de compra venta o intercambio. El ecosistema de los *criptotokens* ha crecido enormemente; y hoy en día se los puede trabajar con sofisticados instrumentos financieros.

En definitiva, hoy parece claro que los tokens son un activo inmaterial con valor pecuniario. La pregunta es si las *Stable Coins* podrían ser consideradas moneda.

En tal sentido la res. 300/2014 art. 2º de la Unidad de Información Financiera (UIF), en el marco de regulación sobre la prevención

del lavado de activos y financiación del terrorismo dispone que se entiende por “monedas virtuales” a la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuya función es la de constituir medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emite, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción. En este sentido parece que según el organismo mencionado las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción.

En la norma nacional argentina mencionada no se establece entonces una definición de dinero electrónico, sino que simplemente se lo diferencia de monedas virtuales por su origen, es decir, si están emitidas por países o jurisdicciones reconocidas. A similar conclusión ha llegado el Tribunal Supremo de España (17).

Es entonces importantísimo darse cuenta de que, conforme la clasificación de las criptomonedas estables mencionada más arriba, podría no ser lo mismo las colateralizadas con moneda *fiat*, como aquellas colateralizadas en *criptotokens*, ni aquellas no colateralizadas.

Así por ejemplo Tether (USDT), y una gran cantidad de *stable coins* que tienen una estructura similar de colateralización en el caso con el Dólar Estadounidense, lo que implican es lisa y llanamente la posibilidad de canjear el token por un equivalente en dicha moneda, con determinadas restricciones, siendo que cuando eso se produce, se cancela la criptomoneda y simplemente se obtiene la transferencia de la moneda *fiat* a la cuenta bancaria de quien era su titular.

Distinto sería el caso de *DAI*, una criptomoneda anclada al valor del dólar pero colateralizada con otras criptomonedas, no *stable coins*, que es creada a partir de *smart contracts*, que como ya se dijo más arriba determinan una especie de bloqueos en reserva de criptomonedas suficientes que puedan garantizar la paridad de *DAI*, con el dólar, a lo que se suma un desarrollo algorítmico que procede a la suba o baja de tasas para emitir *DAI*, y asimismo que puede en su caso proceder a la venta de las criptomonedas de resguardo, con compra de *DAI* y cancelación de los mismos en el mercado. En el punto lo importante es que en el caso de *DAI* no

hay ninguna moneda emitida por un Estado como su garantía.

Y finalmente, en similar analogía con *DAI*, sería considerar el caso de *Stable Coins* no garantizadas, ya que tampoco se observaría en su caso la garantía de un emisor estatal.

Por ende no aparece descabellado en el caso de las *Stable Coins* que si fueran utilizadas en pago de algún servicio o compra, que se haga esta distinción conforme a la clasificación que efectuamos en cuanto a su colateral; y quizá aquellas criptomonedas en paridad con monedas de curso legal en otros países, basadas en un mecanismo de garantía en tal moneda, pudieran comprenderse mejor como una obligación de dar sumas de dinero, mientras que si las *Stable Coins* fueran colateralizadas en otras criptomonedas no estables, quizá la diferencia sería si pueden ser consideradas como obligación de entrega de cosas.

En tal sentido para el caso de las colateralizadas, por ejemplo, en dólares estadounidenses, se aplicarían los arts. 765 y ss. del Cód. Civ. y Com., mientras que a las otras se les aplicaría el art. 750 del mismo cuerpo legal. Ambos regímenes como se sabe serían bien distintos en sus consecuencias —y en su reparación y valoración, en su caso—, motivo por el cual esta pequeña disquisición que se realiza nos parece importante para empezar a estudiar la problemática (18).

VI. Conclusiones

En definitiva, es importante pensar que las criptomonedas, y la tecnología Blockchain, han llegado al mundo para quedarse, y por qué no, transformarlo en gran medida. Sin profundizar en todas las situaciones que los *criptotokens* pueden generar jurídicamente, su utilización como moneda o medio de intercambio será más frecuente y los problemas que se deriven de dichos actos también.

Es importante poner en relieve algunas cuestiones entonces relacionadas con ello, y el pago con *Stable Coins*; y si son pago en especie o en moneda, no deja de ser una situación más a considerar, máxime en un país con marcada tendencia a la consideración de una moneda extranjera como el dólar estadounidense, y ello amerita un estudio profundo de los operadores del derecho para estar preparados previamente frente a dichas situaciones.

Cita on line: AR/DOC/2620/2021

Criptomonedas como desafío al derecho patrimonial

Gabriel de las Morenas

I. Breves conceptos sobre las criptomonedas (*)

En los últimos tiempos se ha masivizado el uso de las monedas virtuales y se encuentran con creciente frecuencia trabajos en la

literatura que versan sobre las monedas *cripto*. En particular se pone de relieve su generación, conformación, la versatilidad de sus usos, sus ventajas y, últimamente, sus bemoles, sobre todo aquellos de naturaleza ambiental.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) La redacción de este trabajo fue efectuada con la colaboración de los miembros de Legal Tech Seeds Asoc-

ciación Civil Simple.

(1) NUNES, Diego J. “Naturaleza jurídica del BTC - Bitcoin”, 16-sep-2020, Microjuris.

(2) Sobre la esquiva naturaleza jurídica de las monedas *cripto* compulsar: ACCIARRI Hugo A., “Smart contracts, criptomonedas y el Derecho”, LA LEY

02/05/2019, 1; TR LALEY AR/DOC/1017/2019.

utsupra.com/bitcoin-criptomonedas-comentario-a-fallo-ts-recurso-casacion-998-2018-espana/ publicado el 20/4/21.

(18) Hemos encarado este problema, pero con la criptomoneda bitcoin, en el comentario a fallo citado en la nota anterior.

(16) Al 25/5/2021 se encuentra en un valor de 1 BAC (basis cash) = 0,1075 USD. <https://coinmarketcap.com/currencies/basis-cash/> obtenido el 25/5/21.

(17) Recurso casación/998/2018, 20/6/2019, ver publicación del suscripto “Comentario a Fallo recurso casación/998/2018 (España)” *Ut supra* <http://server2.>

No obstante, no intentamos en este trabajo terciar sobre esas cuestiones. Antes bien, vamos a intentar referirnos a aspectos preferentemente jurídicos.

La criptomoneda es (o se conforma por) una cadena de códigos algorítmicos único e irrepetible almacenado virtualmente. Su manera de generarse está establecida en el protocolo (*whitepaper*) de la criptomoneda que se trate. Es un código de programación. Se genera mediante una programación específica con base en un proceso llamado comúnmente como minería. Su transmisión es

virtual y resulta validable (1). La tecnología sobre la que se apoya, la criptomoneda es *blockchain* (2).

El mismo autor arroja una ponderación valiosa cuando establece que son bienes muebles, divisibles, principales, consumibles, fungibles, capaces de generar frutos y que están en el comercio. Caracterización que parece útil, aun cuando la referencia a bienes muebles parece dotada de cierta dosis de contradicción en tanto los bienes al carecer de materialidad no son ni muebles ni inmuebles.

II. Las criptomonedas en el derecho argentino. El art. 764 del Código Civil y Comercial como regla

Algunas breves reflexiones haremos sobre la naturaleza de estos activos. Y para ello haremos un abordaje desde diferentes visiones en la relación obligacional que las involucre.

Una obligación contraída para entregar criptomonedas no es una obligación de dar sumas de dinero porque la criptomoneda no es una moneda de curso legal, o sea no es dinero, en Argentina y, por ende, escapa al marco que fija el art. 765, Cód. Civ. y Com. (3). Aunque algunos autores señalan la gran similitud que guardan los criptoactivos con el dinero, aceptan que de ser moneda, no sería de curso legal (4). O no lo sería, al menos por ahora, en la mayor parte de los países (5).

No obstante, a nuestro entender, sí resulta de alta relevancia aplicar en la especie el art. 764, Cód. Civ. y Com. (6), dado que esta norma, justamente, aplica a los *bienes que no son cosas* y ordena aplicar los arts. 745 a 763, Cód. Civ. y Com., en lo pertinente. El punto crucial será establecer los límites de ese reenvío normativo que deja a la norma citada como una regulación “abierta” que requiere de una alta dosis de interpretación para su delimitación concreta.

¿Qué significa la frase “en lo pertinente”? Pues que serán aplicables de las normas enlistadas solo aquellas que sean compatibles con la naturaleza del bien en cuestión (7).

Podemos ver que el art. 746 Cód. Civ. y Com. resultará aplicable en tanto el deudor de entregar moneda virtual deberá conservarla en sus cualidades hasta el momento en que la reciba el acreedor. Lo propio puede decirse del art. 747, Cód. Civ. y Com., en tanto el acreedor tiene el derecho de inspección. Derecho que en este caso estará matizado por la peculiaridad de estas monedas y su registración digital. Del mismo modo, operada la transferencia de la moneda digital y recibida la especie prometida por el *accipiens*, operará la presunción de conformidad que el mismo art. 747, Cód. Civ. y Com., legisla.

En cuanto al art. 748, Cód. Civ. y Com., no parece aplicable por responder a un supuesto que no se condice con la naturaleza de la moneda *cripto*.

El art. 749, Cód. Civ. y Com., referido a la transmisión del uso y la tenencia tiene una aplicación limitada en tanto, como se verá más adelante, la posibilidad de escindir el uso de la propiedad en la moneda *cripto* aparece dificultosa en este rubro. Parece que la propia forma de la transmisión de estas monedas impide escindir aspectos de su dominio y obliga a utilizar otras formas jurídicas (como el fideicomiso o el dominio revocable).

El art. 750 Cód. Civ. y Com. resulta sí plenamente aplicable en tanto los derechos sobre este bien —el criptoactivo— nacen con la tradición y no antes. Por el contrario, los arts. 751, 752 y 753, Cód. Civ. y Com., no tienen aplicación en este caso porque no es posible aplicar el concepto de mejora a las monedas *cripto*.

En lo que toca al art. 754, Cód. Civ. y Com., sí resulta aplicable en tanto fija una

regla de gran utilidad. La tradición es la línea divisoria para esclarecer a quién corresponden los frutos. Y se aclara, con mayor precisión aún, que hasta esa fecha al deudor (*tradens*) le corresponden los frutos percibidos. De otro lado, los frutos devengados y no percibidos serán, desde la tradición, del acreedor (*accipiens*). Esta norma resulta particularmente interesante para aplicar respecto de las monedas digitales invertidas en *Exchange* o *Brokers*.

El art. 755, Cód. Civ. y Com., consagra el antiguo principio de *res perit domino* y establece así, con acierto, la tradición como frontera para saber a quién perjudica el deterioro, sustracción o desaparición de las monedas *cripto*. En caso de que dicha pérdida opere antes de la tradición la misma norma reenvía a la “imposibilidad de cumplimiento” regulados en los arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com., para analizar las responsabilidades del caso.

De suyo que el art. 756, Cód. Civ. y Com., no tiene aplicación, porque refiere a los bienes inmuebles. Pero el art. 757, Cód. Civ. y Com., sí que consagra una regla que, en estos casos y dada la naturaleza de los bienes, será útil, aunque de aplicación relativa. Es que, las monedas *cripto* son bienes fungibles y, por tanto, el deudor siempre tiene a mano la posibilidad de obtener ejemplares de la especie prometida. Ahora bien, para el caso de que el deudor transmitiese una criptomoneda a un acreedor, pero no a otros; estos últimos no podrían pretender derecho alguno sobre la moneda ya transferido. Quedando, claro está, para esos acreedores la acción prevista en el art. 758, Cód. Civ. y Com., para el acreedor frustrado.

Resulta interesante la aplicación del art. 759, Cód. Civ. y Com., porque establece un marco para las empresas especializadas, generalmente llamados *Exchange* (casa de cambio virtual), que se dedican a utilizar criptomonedas propias o ajenas con diversos fines lucrativos. En estos casos, una persona que adquirió los criptoactivos puede acordar ceder su uso y goce a un tercero a cambio de cierta remuneración en la misma especie o en otra concertada; o bien acordar un marco especulativo para una venta futura de la divisa. Pero esa transferencia entrará en el marco de la obligación de dar para restituir que regula el art. 759, Cód. Civ. y Com.

Al contrario, los arts. 759, 760 y 761, Cód. Civ. y Com., no resultarían aplicables por el carácter fungible de la moneda virtual y porque no hay una relación jurídica de naturaleza real involucrada.

Finalmente, los arts. 762 y 763, Cód. Civ. y Com., sí resultan aplicables plenamente. Justamente estas normas refieren a una prestación fungible que es el caso que nos ocupa. El art. 762, Cód. Civ. y Com., permitiría, por ejemplo, que un deudor de moneda *cripto* elija cuál de sus tipos transferir al acreedor en función de cierto dinero que este pudo haber abonado. A su turno el art. 763, Cód. Civ. y Com., fija dos reglas importantes en la relación obligacional: (i) Antes de la elección de la cosa debida el caso fortuito no libera al deudor; y (ii) Después de la elección se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas, es decir los arts. 750 y s.s. ya revistados.

Todo lo anterior debe ser apreciado bajo el prisma de la *blockchain* y su trazabilidad. Porque ese contexto impone un grado de certeza permanente entre *tradens* y *accipiens*, a lo cual se agrega la exclusividad e individualidad, que en consecuencia deben favorecer una interpretación dinámica de estas reglas que presentamos.

III. ¿Obligaciones de dar o hacer? ¿Cosas o bienes?

Como toda cuestión novedosa la adaptación de estos valores a la legislación no es sencilla ni pacífica. Se plantean así dilemas interpretativos que, dado el escaso tiempo desde su aparición, todavía no se encuentran saldados.

Para empezar ¿La obligación de dar criptoactivos es de dar o de hacer? Algún autor ha afirmado que se trata de una obligación de dar cosas fungibles (8). No obstante, nos permitimos señalar que difícilmente podamos englobar a la moneda virtual en el concepto jurídico de cosa sino más bien podemos hablar de un bien económicamente relevante.

Y si hablamos de un bien, parece claro que la obligación de entregar criptomoneda es de *hacer*. Porque, en definitiva, quien transfiere monedas virtuales debe actuar una conducta y no entregará nada material. Nada revestido de materialidad saldrá del patrimonio del *tradens* y entrará al del *accipiens*.

Muchos autores tienden a asimilar la moneda virtual a cosas por considerar que, más allá de la ausencia de materialidad, son perceptibles. Tal el caso de Castillejo Arias (9). Y es una polémica que puede ser aplicable y extenderse a todos los activos de naturaleza digital que carecen de corporeidad.

Es más, ya existe jurisprudencia argentina al respecto en donde los jueces asimilaron los activos digitales a cosas materiales. Un notable primer voto del juez Vasallo de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial sigue ese camino argumental.

No lo compartimos. Esas posturas no hacen más que poner en tela de juicio los conceptos inveterados y adquiridos por siglos acerca de la distinción entre cosas y bienes. Y ello quizás merezca un estudio para luego plasmarse legislativamente.

Empero *de lege lata* las cosas en nuestro derecho están dotadas de materialidad porque así lo impone el art. 16, Cód. Civ. y Com., Norma que, es cierto, excepciona tal principio al considerar cosa a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre. Pero esa excepción no puede ser extendida sin infringir reglas interpretativas infranqueables. En nuestro idioma la materia es aquello que tiene existencia física, por oposición a lo espiritual, así lo señala la Real Academia.

La nueva codificación hoy ha despejado cualquier duda acerca de la distinción entre bienes y cosas que pudo abrigarse durante el régimen velezano. Hoy no quedan dudas que los derechos reales tienen por objeto las cosas. Y en este punto la reforma se hizo cargo de la prédica de la mejor doctrina en cuanto a que las cosas son siempre corporales y solo ellas pueden ser objeto de los derechos reales. Y más enfáticamente se ha

dicho que: “no hay posibilidad de derechos reales que, en cuanto su relación interna, no tengan por objeto una cosa. Los llamados derechos reales sobre créditos tienen por objeto el instrumento que los representa, si no existe el instrumento no hay derecho real por falta objeto”.

La moneda digital constituida por bienes inmateriales no es así reivindicable, porque lo prohíbe expresamente la ley en el art. 2253 Cód. Civ. y Com. De modo que no podríamos hablar de una reivindicación de moneda virtual, lo que nos lleva a sostener que el tipo obligacional que aplica cuando se pretende la entrega de moneda *cripto* es personal y no real (10).

IV. Otra cuestión: ¿La compra con criptomonedas es una compraventa?

El *contrato de compraventa* está definido en nuestro derecho por el art. 1123 Cód. Civ. y Com. que indica que es cuando una parte se compromete a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero. De tal suerte que si el precio no es dinero, no habrá compra venta. Al contrario, cuando el precio se fije en criptomonedas, estaremos en presencia de una permuta (art. 1172 Cód. Civ. y Com.).

En cuanto a la prueba del pago con criptomonedas debería efectuarse mediante el recibo otorgado por la plataforma que actúe como intermediaria. Las transacciones de criptomonedas es totalmente inmutable e irreversible. Esto implica que una vez efectuada, no hay manera de revertirla (11). El *minero* valida la transacción. Esto queda registrado en la cadena de bloques y se puede ver el seguimiento en la *block chain*. El “recibo” si la operación se hace a través de una *exchange* contiene la información de donde salió, adonde fue y el número de *hash* de la operación. Esa es la seguridad o más propiamente su trazabilidad.

V. Otra cuestión crucial: ¿Quién es propietario de la moneda *cripto*?

Es obvio que quien adquiere una moneda virtual, ya sea por haberla generado, no *tiene* la divisa digital, como ya vimos, en un sentido físico.

El instrumento para administrar y disponer de ese activo es una billetera virtual comúnmente conocida como *E-Wallet*, que no es otra cosa que un programa de ejecución o *App* que permite operar en la *block-chain* mediante el uso de una identificación pública y una clave secreta asociada a un usuario. En rigor, ese asiento en la *block-chain* se representa con un código alfanumérico llamado *hash*. Para incidir en ese *hash*, es que se precisa el código único y secreto que cada tenedor de moneda *cripto* ostenta.

Esa tenencia de moneda virtual se traduce en la aptitud de servirse de ella, es decir, gastarla. Este concepto, como anticipamos, no ingresa en el sentido de propiedad típico de los derechos reales, es decir, no hay dominio. Pero nada impide considerar que sí existe propiedad en el sentido constitucional de tal derecho. Cabe memorar que desde antiguo el más Alto Tribunal Federal ha dicho (12): “El término ‘propiedad’, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, ‘todos

(3) NUNES, Diego J. “Naturaleza jurídica del BTC - Bitcoin”, 16-sep-2020, Microjuris.

(4) PROVENZANI CASARES, Ariel, “Bitcoin, Sentencias y Ejecución de Sentencias”, p. 136, en *Temas de Derecho Procesal*, Núm. 2020 (11-noviembre).

(5) El Salvador en fecha reciente ha decidido mediante ley de su Congreso instaurar al *bitcoin* como moneda de curso legal en su país ver: www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-57223737.

(6) La doctrina ha explicado que esta norma aplica principalmente a los bienes susceptibles de valor económico y refiere que hay en ella vocación de unicidad para acomodar y estructurar soluciones en base a un régimen uniforme frente a situaciones disímiles, OS-SOLA Federico Alejandro en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe,

(7) Esta aplicación del art. 764 Cód. Civ. y Com. ya había sido advertida por TSCHIEDER, Vanina, “Criptoactivos como contraprestación económica contractual” en “Derecho y Criptoactivos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 97 y ss.

(8) PROVENZANI CASARES, Ariel, ob. cit.

(9) CASTILLEJO ARIAS, Víctor A., “Bitcoin y el derecho de propiedad: ¿Cosa o bien material?”, RCCyC 2020 (febrero), 245, TR LALEY AR/DOC/4056/2019.

(10) En igual sentido: PROVENZANI CASARES, ob. cit.

(11) TSCHIEDER, Vanina Guadalupe, ob. cit., p. 105.

(12) CS, “Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la capital”, 16/12/1925, TR LALEY AR/JUR/10/1925.

los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’.” En sentido coherente se ha afirmado que los delitos cometidos respecto de moneda cripto son delitos contra la propiedad (13).

Ahora bien, es harto discutible reflexionar acerca de quién ostenta la propiedad de esa moneda virtual.

Como venimos razonando, parece fácil pensar que, por ejemplo, un *bitcoin* pertenece a quien puede disponer de él utilizando su billetera digital. Pero esa primera conclusión que asimila nuestra billetera digital a la física nos puede llevar a equívocos.

Cuando el sujeto que adquirió el *bitcoin* transmitió los códigos que autorizan su disposición, parece haber hecho algo más que haber dado un mandato que es lo primero que podemos pensar. Porque, desde la óptica de la *block-chain*, si un sujeto cede a otro sus códigos secretos es altamente probable considerar que ha cedido la propiedad aun cuando esa cesión tenga un carácter fiduciario o la intención última haya sido otorgar un mandato.

Ello, pues, los pagos efectuados en moneda *cripto* son irreversibles y definitivos y, por ende, son insensibles a planteos de nulidad u otras sanciones que privan de efecto al negocio jurídico. Y por esa razón es que algunos autores asimilan la moneda *cripto* a los títulos valores, porque sus transmisiones son autónomas y abstractas, vale decir para los sucesivos tenedores de cada unidad resultará indiferente la causa que motivó las transferencias anteriores y serán adquiridas a *non domino* (14).

Es decir, podrá existir en una operación como aquella un doble perfil negocial. Por un lado y desde la óptica de la *block-chain*, el sujeto que cede el código de acceso al dinero cripto, ha cedido su señorío sobre él. Desde la visión del negocio extra *block-chain*, podrá existir una acción resarcitoria para quien recibió los códigos y procedió en exceso de lo pactado. Pero es necesario señalar enfáticamente que quien tiene el código dispone como dueño. Porque la esencia del poder del dueño reside en su aptitud para transferir con carácter irreversible (15).

Y esto nos lleva a avanzar en nuestro análisis asumiendo junto con Castillejo Arias (16) que toda relación jurídica que se derive de la posesión, uso, goce, transmisión, o cualquier acto de disposición y/o administración de

bitcoins o cualquier otra divisa virtual, implica necesariamente hacer referencia a la llave privada que le permite al usuario disponer de esos valores. En otras palabras, todo derecho de propiedad que haga referencia a este activo digital recaerá necesariamente en esta llave privada.

Y si seguimos esa línea de pensamiento, volvemos a concluir que la relación existente entre el titular y la moneda *cripto*, se debe encuadrar en los derechos personales y no en los reales. Así, cuando un tenedor de moneda *cripto* ceda su clave a un administrador, a un *Exchange* por ejemplo, tendrá contra este una acción personal resarcitoria (17).

Entonces, la moneda *cripto* no sería el saldo en la cadena de bloques, ya que a lo sumo este actúa como registro inmutable e inaccesible por terceros. Cadena que registra, de manera descentralizada y pseudónima, quién puede disponer de las criptomonedas existentes en cada dirección pública. La llave privada es lo esencial ya que es la que permite disponer de ese “saldo”. Sin esa llave privada que permite disponer, dicho “saldo” jamás podría ser utilizado (18).

VI. Cryptopia. ¿Un precedente salomónico?

Al respecto no puede dejarse de considerar el renombrado caso “Cryptopia” fallado por la Suprema Corte de Nueva Zelanda (19). Brevemente referiré los hechos del caso: Cryptopia es (era) una empresa dedicada a administrar monedas virtuales adquiridas por terceros, lo que comúnmente llamamos un *Exchange*. Cryptopia alcanzó en su momento de mayor auge más de 900.000 clientes, la mayor parte de ellos de fuera de Nueva Zelanda; administraba 900 tipos diferentes de monedas cripto y para tal administración se utilizaba una billetera caliente con el 25% de la tenencia y una fría con el 75% (20). En enero del 2019 los servidores de este Exchange fueron atacados y una parte relevante de sus tenencias de monedas cripto fueron robadas.

Lo interesante del caso “Cryptopia” es que resulta ser una sociedad en liquidación bajo la Ley de Bancarrotas de Nueva Zelanda. En el caso se discutieron los derechos de los acreedores enfrentados con los tenedores de moneda virtual que cedieron sus claves a esa sociedad para que se las administrara. Si las tenencias de moneda *cripto* recuperables para la quiebra eran de quienes cedieron sus claves, los restantes acreedores sociales recibirían como dividiendo una suma sustancialmente menor. Al contrario, si no lo eran, todos cobrarían *pari passu*.

La Corte considera que las monedas digitales fueron transferidas a título de *trust*, refiere la existencia de diferentes *trusts* compuestos con diferentes monedas virtuales, y que Cryptopia operó como fiduciaria de cada uno de ellos. La Corte decidió que los tenedores de moneda digital cobrarían *pari passu* dentro del *trust* de la moneda cripto

que correspondiese —por ej. los de *bitcoin* entre sí y los *ethereum* entre ellos—.

En suma, y en lo que aquí nos convoca, podemos decir, con este enjundioso fallo, que la transferencia de propiedad operó con la cesión de las claves secretas que habilitaron a Cryptopia a manejar las monedas digitales según su parecer. Aunque el tribunal reconoció que había un dominio no pleno, reversible, que identificó con la figura del *trust*. De modo que generó diferentes centros de imputación de los activos cripto a liquidar para satisfacer de manera focalizada y bajo la regla de la prorrata a esos tenedores dentro de su *trust* (21). A la vez, impidió a los otros acreedores, de otras monedas *cripto* y derivados de otras causas participar de esos frutos de la liquidación. Se generaron varias “masitas” activas para satisfacer a las correspondientes “masitas” pasivas (22).

VII. Embargo y criptomonedas

En un contrato en el que su objeto es moneda *cripto* o donde se utiliza como medio de pago, y frente al incumplimiento del deudor, sería posible aplicar las normas coercitivas que contiene el derecho patrimonial, entre ellas el art. 730, Cód. Civ. y Com. No obstante, la doctrina especializada informa que no hay antecedentes de embargo de criptomoneda, porque hay una evidente imposibilidad de transferir los fondos sin la clave privada de su titular (23).

Al contrario, lo más probable y seguro para el acreedor es obtener el cobro en un sucedáneo (24). Claro que, como es obvio, esta posibilidad no existe cuando se trata de un insolvente y más adelante analizaremos esta situación. Tschieder explica con mucho acierto cuáles son las reales posibilidades con que cuenta el poder jurisdiccional para colocar estos activos bajo la mano de los acreedores. Enumera condiciones de operatividad que serían las siguientes:

- “Que el deudor cuente con una billetera caliente o en la nube y no con una fría”. Esto es casi imprescindible, porque si la billetera fuera externa a la nube, hay que tener acceso físico a un *token*, *notebook*, *pendrive*, PC, etc. Es decir, a cualquier dispositivo con aptitud de contener la billetera y puede imaginarse el lector la dificultad operativa para dar con eso del deudor. Basta que deje ese solo dispositivo en la casa de un pariente, amigo, amiga, etc., y que guarde silencio ante la requisitoria de la autoridad judicial para que las posibilidades de dar con la billetera sean quiméricas.

- “Que las claves privadas se encuentren en poder de un tercero”, un *Exchange* por ejemplo, y esos terceros puedan ser susceptibles de ser alcanzados por la autoridad judicial. Esto es evidente, desde que para quien utiliza monedas virtuales el mundo no tiene fronteras y, por ende, da casi lo mismo contratar con un *Exchange* argentino o de cualquier otro lado. Claro que a los efectos legales ello no es así, porque la cooperación judicial internacional está todavía en

pañales en esta materia. Por ende, si fuera el caso que los acreedores conocieran que existe un *Exchange* con tenencias de moneda cripto del deudor en otro país deberían obtener auxilio judicial internacional en el país donde se encuentra aquel y, además, hacerlo antes de que el deudor por una simple operación transfiera esas tenencias a otro administrador o sencillamente las negocie en el mercado.

- “Contar con la ID del deudor, es decir, con su identificación pública con el que opera en el sitio web que ofrece el servicio”. Otra dificultad desde que nada obliga, a menos que el *Exchange* exija y valide identidades, a que el tenedor de la moneda exteriorice su verdadera identidad. Al contrario, en el mundo *cripto*, como en toda la web, abundan los “alias” y los seudónimos (25). Y, además, de esto no se sigue ninguna ilegalidad porque la anonimidad no es de por sí equivalente a ilegalidad (26). La asociación de esa suerte de nombres de fantasía con la identidad del deudor puede ser una empresa no solo difícil sino temporalmente inviable. Porque la asincronía entre la necesidad y la respuesta judicial juega aquí un papel más relevante que en lo referente a cualquier otro activo.

Lo dicho importa reconocer una seria y grave imposibilidad para que un acreedor pueda acceder a estos activos del deudor. Estos activos por ser fácilmente adquiribles, pero mucho más fácilmente ocultables, van a transformarse en el refugio de deudores desesperados (27). En este sentido, me permito señalar que esa opacidad que caracteriza a las monedas *cripto* constituye un atractivo singular para todo aquel deudor que, dejando al lado los ilícitos penales, busque un refugio para su patrimonio, ya para mantenerlo a salvo y desentenderse de sus acreencias; ya para negociar con sus acreedores con la garantía de tener una parte importante de sus activos a salvo.

Lamento decir que esto nada tiene de novedoso, no es otra cosa que la misma conducta de los deudores ahogados que dio nacimiento a la *actio pauliana* hace un par de miles de años (28). Es así que el derecho patrimonial a lo largo de los siglos ha buscado equilibrar la tensión entre la necesidad de cobro del acreedor y el respeto por la dignidad de la persona del deudor.

Es apreciable en el contexto de los activos digitales, en particular en lo referente a las criptomonedas, que esa tensión nuevamente se pone de relieve. Y para resolver el problema, será menester que los intérpretes busquen una salida con sostén positivo, pero también con asiento en las posibilidades concretas que la cuestión ofrece.

Será así necesario utilizar mecanismos de tutela urgente como las medidas autosatisfactivas y cautelares para lograr efectividad en los derechos a tutelar. El problema será hallar un punto de equilibrio.

(13) CHOMCZYK, Ariel - PALAZZI, Pablo, “Primer caso argentino sobre ‘apropiación’ de criptomonedas”, LA LEY 10/4/2019, 1; comentario al fallo: CCrim., Resistencia, “PHM s/defraudación informática en concurso real con violación de secretos y de la privacidad”, 21/11/2018.

(14) PROVENZANI CASARES, Ariel, ob. cit., p. 130.

(15) MORA, Santiago, “La tecnología *block chain*. Contratos inteligentes, ofertas iniciales de monedas y demás casos de uso”, LA LEY 1/4/2019, 1.

(16) CASTILLEJO, ARIAS, Víctor, ob. cit.

(17) Así lo explican CHOMCZYK, Ariel - PALAZZI, Pablo, ob. cit.

(18) CASTILLEJO ARIAS, Víctor, ob. cit.

(19) Corte Suprema de Nueva Zelanda, “David Ian Ruscoe And Malcolm Russell Moore c. Cryptopia Limited (in Liquidation)”, 8/4/2020, LA LEY 15/05/2020, 7, con nota de Guido Demarco; TR LALEY AR/

JUR/10093/2020.

(20) Se llama billetera caliente a la que tiene acceso permanente a internet y billetera fría a aquella que permanece aislada de la red y solo se conecta con el fin de efectuar una operación.

(21) Se asumió la fungibilidad de los acreedores nominados en la misma moneda cripto como aquí sostuviera: PROVENZANI CASARES, Ariel, ob. cit.

(22) Arquitectura falencial que recuerda los aportes de Truffat y otros autores sobre la problemática de la desafectación del bien de familia en el contexto falencial. Para repasar la cuestión cabe compulsar: TRUFFAT, Edgardo Daniel, “El bien de familia y la quiebra”, LA LEY, 1989-B, 734; id., “Otra vez sobre el bien de familia y la quiebra”, ED- 165-44; FLORES, Fernando, “El bien de familia ante la quiebra del instituyente” en *Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos*, Ed. Advocatus, Córdo-

ba, 2007.

(23) TSCHIEDER, Vanina Guadalupe, ob. cit., p. 108.

(24) PROVENZANI CASARES, Ariel, ob. cit., p. 144.

(25) CHOMCZYK, Ariel - PALAZZI, Pablo, ob. cit. Estos autores explican, con certeza, que hallar la verdadera identidad no es imposible sino laborioso. Pero tal como surge de su propia explicación los costos y las demoras pueden ser prohibitivos para un acreedor estándar. El fallo también es consultable en Microjuris.

(26) Así se señaló en un precedente de los EE.UU.: Caso 14-cr-68 (KBF), caratulado “United States vs. Ross William Ulbricht”, Corte Distrito Sur de Nueva York, 9/7/2014, citado por SANTOS, Manuel, “Decomiso de Criptoactivos”, Suplemento Especial Errepar, 12/2020, 156.

(27) Cabe destacar que la Comisión Nacional de Valores y el Banco Central de la República Argentina han emi-

tido de manera conjunta una “Advertencia” fechada el 20 de mayo de 2021 en la que enumeran todos los riesgos que involucra para el inversor hacerse de estos activos. Ver también: MARANO, María Eugenia - GROSS Nicolás “Criptomonedas en Argentina: a propósito del comunicado de la UIF”: <http://www.cipce.org.ar/articulo/criptomonedas-argentina-proposito-del-comunicado-uif>

(28) La Acción Pauliana creada supuestamente por un Pretor de nombre Paulus es anterior a la ley *Aebutia* (aunque la fecha de esta es indeterminada es cree alrededor del 150 al 125 a. C) que va poniendo fin al formalismo de las acciones civiles. Este supuesto sirve de base para afirmar el desarrollo histórico de la *Actio Pauliana* en los albores de la República. Ver: LORCA, Alfredo, “La acción pauliana en el derecho romano”, Santiago de Chile, Ed. Universitaria, 1955.

El punto en cuestión implica para los jueces ponderar que las cargas isonómicas del proceso judicial en el contexto de la existencia de activos *cripto* deberán trasladarse hacia el lado del deudor. Importando el solo indicio de la existencia de este tipo de activos, sumado a la existencia *prima facie* de una deuda exigible el mérito para conceder algún tipo de medida urgente que inmovilice esos activos hasta la resolución judicial. La contracara de esa mayor facilidad para conceder la tutela al acreedor debe hallarse en un riguroso examen de la contracautela ofrecida. Y esa contracautela deberá ser importante y generosa, porque estas medidas, si pretenden ser efectivas, deberán ser tratadas *inaudita pars*. Cualquier noticia que el deudor tenga de la persecución judicial de sus acreedores no hará más que acelerar las medidas defensivas.

VIII. ¿Qué tipo de medidas podrían ser útiles para colocar la moneda *cripto* bajo la mano de acreedores?

En el catálogo de medidas de tutela urgente a los derechos de los acreedores hallamos algunas que podrían facilitar el acceso a estos criptoactivos.

Adelantamos que la capacidad de incidir sobre los criptoactivos no se dará con una sola medida procesal, *sino con una serie de ellas encadenadas*; y esto es algo que los magistrados deberán incorporar.

El secuestro de los dispositivos del deudor deberá ser la primera medida, para luego pasar a un examen de ellos por parte de un perito experto que permita dilucidar su contenido para dar con los activos perseguidos; y solo luego de esa indagación, permitirá al tribunal emitir las órdenes pertinentes para inmovilizarlos.

Los dispositivos secuestrables serán el celular, la *notebook*, la PC y/o cualquier otro con aptitud de anidar en su memoria las claves, la billetera o cualquier otro *software* que sirva para administrar y disponer de los criptoactivos.

La cuestión jurídicamente relevante será dictar estas medidas sin afectar la dignidad del deudor. Ello, pues, como es evidente, todos esos dispositivos contienen no solo aquella información perseguida, sino mucha otra mayormente privada.

Entonces, la pericia informática debe dejar a buen resguardo la privacidad del demandado. Porque no sería aceptable bajo ningún punto de vista que la pesquisa en pos de obtener los activos *cripto* devenga en una extorsión al deudor por el develado de información sensible de su vida personal o empresarial.

El examen pericial informático deberá tener por detrás la orden judicial que respalde un desbloqueo compulsivo y la extracción de la información relevante hacia servidores seguros. Para luego, también, orden judicial mediante, transferir en lo posible estos activos hacia una *wallet* que permanezca bajo la disposición de las autoridades judiciales.

Todo este complejo mecanismo deberá ser articulado de una manera célere, porque, aun con los dispositivos secuestrados, no es descabellado que el deudor cuente con medios para disponer de los activos desde otros dispositivos. De manera que esta secuencia de actos procesales de cautela deberá efectuarse lo más rápidamente posible. Es más,

sería ideal que en la misma resolución se disponga y autoricen los tres actos secuenciales referidos: a) Secuestro de Dispositivos; b) Intervención de los dispositivos por perito experto del Poder Judicial; y c) Transferencia de los criptoactivos hallados hacia una *wallet* bajo control judicial.

Lo anterior implica que el Poder Judicial debe abandonar en estos casos los tiempos vaticanos que suelen ser la regla de su actuación y asumir que la velocidad es parte consustancial de la efectividad. Si el deudor dispone más de 48 horas para actuar, a pesar de no contar con sus dispositivos es posible que pueda hallar la manera de desembarazarse de los criptoactivos.

¿Cómo hacerlo? Pues bien, amén de la referida concentración de las órdenes judiciales en una sola resolución, debería estar ya sorteado el perito informático al momento de efectivizar el secuestro. Y, por supuesto, debería el Poder Judicial contar con *wallet* disponible para derivar hacia allí los criptoactivos que logren embargarse.

Ahora bien, todo lo anterior nos posiciona en la óptica del acreedor pero, como sabemos, no es la única visión posible ni la excluyente.

Deben ser las conclusiones anteriores matizadas, posicionándonos en la visión del deudor. Desde tal punto de vista hay que señalar algunos límites que no pueden ser traspasados.

En primer lugar, para este encadenamiento de medidas a los que hacíamos referencia, es preciso que el tribunal tenga ante sí elementos que permitan conocer con buena dosis de objetividad que:

(i) *El deudor cuenta con activos “cripto”*. Es decir, deberá obtenerse prueba de la que surja tal información. Por ej. *mails* del deudor al acreedor haciendo referencia a esos activos y que esos correos sean validables; Declaración del deudor ante un tercero haciendo referencia de la tenencia de esos activos; cualquier otro medio que permita dar objetividad a la versión del acreedor acerca de la tenencia de activos *cripto*.

(ii) *El deudor tiene tendencia a la distracción patrimonial*. Por ej., acreditando que sus cuentas bancarias están en cero; que han transferido bienes registrables en fecha reciente; etc.

(iii) *Una contracautela* que será el contrapeso de todo esto.

Como ya hemos visto, la propiedad de la moneda *cripto* se ejerce sobre la clave secreta. Entregar esa clave secreta es un *hacer* que depende de la voluntad del deudor. Más allá de que se cuente con certeza acerca de la tenencia de criptoactivos no es posible coaccionar al deudor para que disponga de dicha clave en favor del tribunal. Lo que sí puede hacerse es imponerle el deber de colaboración y, en todo caso, imponerle el apercibimiento del delito penal de desobediencia. Nada más.

Nadie puede ser detenido por la autoridad tan solo por ser deudor, aun cuando estemos en presencia de un deudor remiso. La prisión y las coerciones sobre los deudores están vedadas en nuestro régimen legal. El régimen convencional al que Argentina adhiere y que conforma el bloque de constitucionalidad no tolera tal conducta de la autoridad.

La cuestión jurídicamente relevante será, entonces, dictar estas medidas sin afectar la dignidad del deudor. Ello, pues, todos esos dispositivos contienen no solo aquella información perseguida, sino mucha otra mayormente privada.

IX. ¿Es necesario dictar nuevas reglas procesales?

Ahora bien, para hacer todo esto que decimos: ¿Será necesario modificar los Códigos de rito que rigen en nuestro país? Adelanto una respuesta negativa.

Veamos. En el caso de Mendoza el art. 2º del Cód. Proc. Civ. Com. y Trib. establece entre sus “reglas generales” la celeridad y concentración (inc. f), la buena fe de todos los participantes en el proceso (inc. h), la cooperación (inc. i) y la cooperación internacional (inc. l). De su lado, los arts. 46 y 47 Cód. Proc. Civ. Com. y Trib. prevén una serie de medidas que un juez puede proveer para someter a un justiciable remiso, incluso aplicando astreintes (art. 47 inc. V).

En clave de medidas cautelares, el mismo cuerpo legal cuenta con el art. 115 Cód. Proc. Civ. Com. y Trib. con las medidas anticipatorias cuyo haz de aplicación bien puede cubrir las medidas aquí mencionadas; y una vez incautados los valores, también pueden ser vendidos anticipadamente (art. 114 Cód. Proc. Civ. Com. y Trib.). Para el caso de la venta judicial se cuenta con la posibilidad de la subasta electrónica (art. 278 Cód. Proc. Civ. Com. y Trib.).

En el caso de la Nación, el Código Procesal Civil y Comercial también se encuentra adecuadamente dotado para poder disponer de las medidas que aquí se sugieren. Se observa, por ejemplo, que el art. 37 prevé la aplicación de sanciones conminatorias a litigantes o terceros desobedientes.

Puede apreciarse que la fórmula de redacción prevista en los arts. 209 y 221 Cód. Proc. Civ. y Com. es lo suficientemente plástica para posibilitar medidas como las propuestas en este parágrafo. Y, por supuesto, queda la norma del art. 232 Cód. Proc. Civ. y Com. que posibilita actuar con toda la flexibilidad que este nuevo tipo de desafíos jurisdiccionales pueda plantear.

Como se desprende de este muestreo, el inconveniente no se encuentra tanto en la letra de la ley, sino en la posibilidad de que los abogados y magistrados puedan interpretar el desafío que representa esta realidad y articular remedios judiciales que intenten ser idóneos.

X. ¿Y en un contexto concursal?

En el contexto concursal las posibilidades de incautar este tipo de activos presentan dificultades adicionales que hemos de analizar.

En la quiebra de hoy el procedimiento de incautación a través del Oficial de Justicia del tribunal o uno designado *ad hoc* ya no representa ninguna certeza de dar con los bienes más valiosos de la masa activa. Porque es creciente la valorización de estos activos digitales y grande la tentación de todo deudor agobiado de liquidar activos físicos para reemplazarlos por alguna moneda *cripto* titularizada a través de un seudónimo tan conveniente para él como difícil de develar para el sistema judicial.

Es así que hemos de pensar en una nueva incautación falencial. Una incautación que deberá ser diferente, pero, sobre todo, mucho más veloz.

Para empezar, tenemos que hacer un distingo de orden práctico para encarar este tema. No es lo mismo incautar en una quiebra directa que en una indirecta.

En la quiebra directa tenemos algunas chances de lograr cierta sorpresa y su consiguiente éxito en la incautación. En la quiebra indirecta ciertamente eso es más difícil. Veamos mejor el detalle.

En la quiebra directa necesaria es posible que un tribunal célere y precavido logre efectuar la diligencia de incautación antes de que el fallido borre todo rastro de criptoactivos. Y podrá disponerse en la orden judicial que se incauten todos los dispositivos electrónicos con aptitud para almacenar la información para dar con esos activos.

Es más, sería de mucha utilidad aplicar en este caso, a pedido del acreedor, el poder cautelar prefalencial previsto en el art. 85 LCQ, norma que, como las reglas procesales locales, tiene una notable elasticidad en su parte final cuando refiere: “...u otra adecuada a los fines perseguidos”. Aquí podemos aplicar las consideraciones que efectuamos en el capítulo anterior.

En la quiebra directa voluntaria, donde el fallido se somete *motu proprio* a las rispideces de la falencia, es verdaderamente utópico pensar que pondrá espontáneamente los activos *cripto* a disposición del proceso.

Lo mismo puede predicarse en el caso de quiebra indirecta en cualquiera de sus variantes, desde que la intimación previa y la propia situación concursal llevarán al requerido falencial a extremar sus cuidados para salvaguardar este tipo de activos.

Tempranamente Carlos Ferro (29)sostenía que el activo es todo *hardware* que posea el fallido en el acto de incautación o que aparezca con posterioridad y ello comprende a PC, notebooks, celulares o *tablets*. Propone, con acierto, se oficie a las Compañías de Telefonía Celular para obtener el dato de un número asociado con el fallido y para requerir a este la entrega del equipo, para que se efectúen pericias de rigor. En caso de negativa, propone la medida de secuestro de todos los dispositivos del deudor. Parece así evidente, no solo porque lo dice dicho autor, sino porque es coherente con todo lo expuesto que, dado el caso de que un fallido cuente con criptoactivos, nos hallaremos en serias dificultades para que la quiebra pueda hacerse con ellos en beneficio de los acreedores.

Entonces, ¿qué es lo conveniente al momento de declarar la quiebra? Pues parece necesario que el magistrado disponga expresamente en la sentencia de quiebra que se incauten los dispositivos electrónicos del fallido para ser periciados en búsqueda de estos activos o de sus rastros.

Es sabido que el intento de borrar información del *hardware* deja rastros en zonas de la memoria de los dispositivos que, bajo una mano experta, puede ser sacada a la luz y echar lumbré sobre la existencia pasada de esos activos en el patrimonio del deudor. En todo caso, tal tipo de hallazgos puede ameritar un pedido de explicaciones al fallido en los términos que el art. 102 LCQ prevé.

Y si esas explicaciones no son satisfactorias, se puede dar intervención a la justicia penal para indagar acerca de la posible comisión de un delito.

Es que, como hemos visto, en el caso de las criptomonedas su posesión se articula a través de procedimientos digitales solo detectables si se examina por parte de personal experto en informática todas aquellas plataformas en poder del deudor, aptas para desplegar el *software* correspondiente.

Así, en el decreto falimentario el fallido debería ser compelido a entregar su celular, su *notebook* y su computadora personal. Y, en caso de resistencia, dichos dispositivos deberán serle quitados con el auxilio de la fuerza pública.

A la vez habrá que oficiar tanto a las compañías de teléfonos móviles, para que identifiquen líneas a nombre de fallido; y a los prestadores locales del servicio de internet,

(29) FERRO, Carlos, “El síndico concursal y las criptomonedas en el proceso de quiebra”, Errepar, *Doctrina Societaria y Concursal*, marzo/2019, p. 159 y ss.

para que informen si el fallido es cliente y si contaba con una dirección de correo electrónico asociada. En caso de hallar el proveedor de internet, habrá que indagar por intermedio de ese prestador, de ser posible, en el contenido de esa casilla de correos y en el historial de sitios web visitados.

Aquí nuestra propuesta tropieza con los límites que implican no vulnerar la dignidad de la persona del deudor. Al respecto cabe recordar que el art. 88 inc. 6) LCQ autoriza a interceptar la correspondencia del fallido para su entrega al síndico. Esa norma, que en algunos precedentes fue declarada inconstitucional por irrazonable en los tiempos que corren —solución que hemos laudado (30)—, puede haber cobrado nuevo vigor a la luz de las circunstancias actuales.

El art. 114 LCQ puede ser una herramienta útil en este sentido, porque lleva el análisis de la correspondencia del fallido a su adecuado punto. Solo aquello vinculado con su operatoria patrimonial puede ser de interés para el proceso; lo restante quedará reservado para la esfera íntima y protegido por la Constitución Nacional. Será responsabilidad del síndico y del perito informático que se designe tutelar de que nada privado se devele de aquellos intercambios de *mails*, *whatsapps*, *telegrams*.

Por supuesto, hallada la información necesaria, debería despacharse un oficio de incautación dirigido al *Exchange* donde las monedas *cripto* fueren administradas o directamente utilizar la clave secreta del fallido para poner esos activos bajo custodia judicial. Ya dejándolos en el mismo estado y custodiando la clave; o bien, transmitiéndolo a un *Exchange* bajo supervisión judicial y, en tal caso, asumiendo los costos en comisiones de tal proceder.

XI. Otras incidencias de los criptoactivos en sede concursal

Fuera de las patologías señaladas en las que hemos intentado dilucidar de qué manera los acreedores podrían poner su mano sobre activos *cripto* de su deudor, podemos hallar situaciones concursales en las que relaciones jurídicas vinculadas a estos se presenten. Seguidamente haremos una somera revisión de ellas:

XI.1. Criptomonedas como activos denunciados

Todo deudor de buena fe debería denunciar en su presentación concursal la existencia de este tipo de activos. Tal tipo de exposición debería encontrarse en el Estado Valorado del Activo que corresponde presentar conforme al art. 11 inc. 3 y, eventualmente, en alguno de los balances que se incorporan conforme el inc. 4 de la misma norma. De modo que el tribunal, el síndico y los acreedores puedan conocer de su existencia.

La cuestión a dilucidar es cómo será esa exposición contable. Como es obvio, no pretende el suscripto abordar un tema de la ciencia contable que le resulta ajeno. No obstante, dada la interdisciplinariedad del Derecho Concursal no parece posible eludir la cuestión.

Explica la doctrina especializada, y en este punto seguimos el interesante trabajo de Zo-

caro (31) que, a nivel internacional, en junio 2019 el Comité de Interpretaciones NIIF (CI-NIIF) emitió una opinión sobre las criptomonedas, definiéndolas como un criptoactivo que reúnen las siguientes características: (i) Moneda digital o virtual registrada en un registro (libro) distribuido, cuya seguridad se basa en la criptografía; (ii) No está emitida por una jurisdicción; (iii) No existe un contrato entre el titular y otra parte.

En ese mismo documento, se califica a la tenencia de criptomonedas como tenencia de un *activo intangible*. De modo que la Norma Internacional de Contabilidad (por su sigla: NIC) n° 389, en su octavo párrafo define a los activos intangibles como “un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física”. Y aclara que “son activos monetarios tanto el dinero en efectivo como otros activos, por los que se van a recibir unas cantidades fijas o determinables de dinero” (32).

Por su parte, la misma NIC, en su párrafo 12 sostiene que un activo es identificable si: (i) es susceptible de ser separado o escindido de la entidad y vendido, transferido, dado en explotación, arrendado o intercambiado, ya sea individualmente o junto con un contrato, activo identificable o pasivo con los que guarde relación, independientemente de que la entidad tenga la intención de llevar a cabo la separación; o (ii) surge de derechos contractuales o de otro tipo legal, con independencia de que esos derechos sean transferibles o separables de la entidad o de otros derechos y obligaciones.

Por último, el párrafo 16 de la NIC 2110, define que la característica esencial de una partida monetaria es el derecho a recibir (o la obligación de entregar) una cantidad fija o determinable de unidades monetarias; mientras que la característica esencial de una partida no monetaria es la ausencia de un derecho a recibir (o una obligación de entregar) una cantidad fija o determinable de unidades monetarias (y como ejemplo menciona a los activos intangibles).

Con base en estas características, se concluye que la tenencia de criptomonedas calificaría como tenencia de un activo intangible, dado que: son capaces de ser separadas de su titular y vendidas o transferidas en forma individual; y, a su vez, no le dan a su titular el derecho a recibir una cantidad fija o determinable de unidades monetarias. Al contrario, en aquellas circunstancias en que una entidad mantenga criptomonedas “para la venta en el curso normal de su negocio” estas podrían considerarse no ya como un activo intangible sino como inventario (33).

En resumen, y en cuanto a lo que aquí interesa, en la medida que la parte concursada cuente con activos *cripto* como mera inversión los mismos serán considerados activos intangibles. Ahora bien, si la concursada ostenta un *Exchange* o un *Broker* “cripto”, las tenencias ya estarán contabilizadas en el inventario de sus bienes de cambio.

XI.2. Criptoactivos en el proceso vericativo

Es posible que en el contexto de la verificación de créditos se presente algún acreedor a

quien el deudor: (i) se comprometió a entregarle cierta cantidad de una moneda *cripto*; o (ii) que fijó el valor de una obligación en la cotización de una cierta moneda *cripto* (*ethereum* por ej.).

En el primer caso, resulta evidente que, dado el incumplimiento del deudor y, sabiendo de antemano que no es posible forzar la entrega de la especie prometida aun cuando su carácter fungible pudiera indicar lo contrario.

En efecto, la inveterada regla sobre los bienes fungibles acuñada por el Derecho Romano: *genus nunquam perit* y que, como ya hemos dicho, resulta aplicable en este rubro; choca con la indisponibilidad relativa que se sigue del hecho de que cualquiera puede tener un activo del género, mas no puede forzarse esa disponibilidad.

Por tanto, el acreedor deberá guardarse solicitando el género contenido en el objeto de su crédito, pero también deberá insinuar con carácter alternativo el sucedáneo consistente en la suma de moneda de curso legal que represente idéntico valor.

En el segundo caso, deberá fijarse en el marco del proceso vericativo pautas objetivas para traducir ese valor en uno de curso legal.

Ambas situaciones nos sitúan ante el dilema valorar esas obligaciones. Y para ello, no hallamos nada mejor que la regla fijada en el art. 19, 1° párr., LCQ. Es decir, las obligaciones en moneda *cripto* deben ser convertidas a moneda de curso legal a la fecha del vencimiento o de la presentación concursal, si fuere anterior, a opción del acreedor. Regla que resulta aplicable en tanto que, como hemos visto, este tipo de créditos perfectamente califican como “deudas no dinerarias”.

El problema de esta solución que proponemos no se halla en la normativa, sino en su operatividad concreta en un país como la Argentina, porque, dado que la moneda de curso legal y forzoso carece de valor, las fechas de corte que fija la legislación para valorizar créditos de otras especies cobran una relevancia indebida. Es que, la regla del art. 19 LCQ es perfectamente lógica en cuanto fija criterios razonables en tiempos de estabilidad (34), pero puede no serlo en los tiempos que corren. Porque esas fechas de corte tendrán una incidencia directa en la potencia política de estos acreedores en el seno del acuerdo. El art. 36 *in fine* LCQ establece una regla pétrea que cristaliza el poder político de los pasivos no dinerarios en las fechas que fija el art. 19 LCQ.

XI.3. Criptoactivos en el acuerdo preventivo

Finalmente, sorteada la etapa vericativa deberá lidiar el deudor con estos acreedores. Creemos, aquí también se verificarán, dos situaciones fácilmente identificables: (i) Acreedores cuyas deudas *consisten en* o son *valorizadas con* el uso de moneda *cripto*; y (ii) Acreedores que cedieron derechos sobre moneda *cripto* al deudor con cargo de restitución.

En el primero de los casos, el acreedor podrá tratar esos pasivos como a cualquier otro acreedor con tal que la propuesta tenga la aptitud de receptar la mutabilidad de los

valores de las prestaciones de esos créditos y que es casi consustancial a la moneda *cripto* (35). Ciertamente la categorización puede ser una ayuda para escindir a estos acreedores de los demás, dándole a ellos un traje a medida. Claro que, habrá que asumir los riesgos de esa categorización, instituto que es visto en el entorno concursal como una *poison pill* por la atomización del pasivo que provoca.

En el segundo caso, la cuestión es más compleja y nos remite a lo ya analizado del precedente Criptopia. Partimos de la base de que un *Exchange* argentino presenta su concurso preventivo y que, como tal, tiene acreedores comunes, pero también tiene otros que le han cedido potestad para operar con monedas *cripto* de ellos. Es decir, acreedores que habiendo cedido su clave secreta —y con ello el derecho de disponer de la moneda— se enfrentan con la realidad de que su deudor no puede devolverles esas monedas. Las razones para esto pueden ser variables, y van desde haber sufrido un ciber-ataque por parte de piratas informáticos o lisa y llanamente el haber hecho un negocio que salió mal. El punto es que el deudor no tiene toda la moneda *cripto* que debe devolver, sino solo una parte.

En este caso, interpreto que la categorización viene impuesta casi *ipso jure*, porque la diferencia entre estos acreedores y el resto es abismal aun cuando, obviamente, ello no surge del art. 41 LCQ. Es una categoría cuyos miembros tienen una pretensión que se asemeja mucho a la de los acreedores por escrituración en el caso de las compañías constructoras concursadas, es decir, pretenden excluir ciertos bienes del activo sobre el cual aducen un derecho asimilable al dominio. Pero aquí los bienes pueden no hallarse disponibles para su devolución, por lo cual el deudor puede proponer que se conforme una masita liquidatoria para los acreedores de esta categoría y repartir entre ellos a prorrata según el contenido económico en moneda de curso legal que arroje la venta de los activos remanentes en el patrimonio del deudor.

XII. Ideas conclusivas

Luego de este repaso sobre la situación de deudores en relación con los criptoactivos, podemos afirmar que nuestro Derecho no se encuentra mal provisto para enfrentar el desafío que ellos representan. En otras palabras, no pensamos que sea una laguna legislativa la que dificulte la percepción jurídica de este fenómeno. Desde ya que nada de eso impide pensar que una legislación específica puede ayudar a otorgar claridad y precisión.

El principal desafío que estos criptoactivos presentan al intérprete se encuentra en la opacidad de su operatoria que coloca a los acreedores en un alto grado de incertidumbre. Y, pese al esfuerzo que hemos desarrollado, para hallar soluciones prácticas para poner estos bienes bajo la mano de los acreedores, no podemos negar que será har- to difícil lograr que los deudores se avengan a denunciar sus tenencias. Claro, a menos que sean un empresario del rubro *cripto* como un *Exchange* o un *broker*.

Es que, como hemos visto, si los criptoactivos son muy difíciles de hallar para las au-

(30) 1er Juzgado Procesos Concursales, Mendoza, “Supermercados Doña María SRL s/ quiebra” y de las Morenas Gabriel, “Liquidación y distribución en la quiebra”, 5/4/2005, Ed. Cathedra, Buenos Aires, 2020, p. 215.

(31) ZOCARO, Marcos, “Una aproximación al tratamiento contable de las criptomonedas en Argentina”, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de La Plata, 3/12/2020, publicado en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/111501/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

(32) Compulsar: <https://cdn.ifrs.org/-/media/feature/supporting-implementation/agenda-decisions/holdings-of-cryptocurrencies-june-2019.pdf> y <http://www.facpce.org.ar:8080/miniportal/archivos/nic/NIC38.pdf>

(33) ZOCARO Marcos, “Una aproximación al tratamiento contable de las criptomonedas en Argentina”, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de La Plata, 3/12/2020, publicado en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/111501/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

(34) Cabe memorar que la ley 24.522 se sancionó en un contexto en el que Argentina creyó haber adquirido la estabilidad monetaria *per secula seculorum* y en el que los mecanismos de estabilización eran mal vistos.

(35) Decimos “casi” porque existen las denominadas *stable coins*, que son monedas *cripto* con un diseño focalizado en la idea de mantener constante su valor. Hay tres tipos de monedas estables, las que están asociadas a un activo subyacente, a su vez estable, como el dólar, el euro o el oro; las que están asociadas a otra

moneda *cripto* o a una canasta de esas monedas; y las que carecen de toda garantía y son una moneda virtual *fiat*, pero dotadas en su generación de mecanismos de estabilización como un algoritmo que haga las veces de Banco Central. La más popular de esas monedas es *Tether*. Compulsar: <https://medium.com/ctf-capital/stablecoins-la-solucion%C3%B3n-a-la-volatilidad-de-las-criptomonedas-parte-2>.

toridades (36). Imagine el lector las dificultades que enfrentará la quiebra argentina para lograr su cometido de incautar activos digitales del deudor.

Y, vale aclararlo, la *argentinidad* es otra nota negativa, toda vez que en nuestro país la existencia de una economía sumergida de tamaños colosales genera también enormes montos de dinero sin registro bancario que fácilmente puede terminar atesorados en formato de moneda *cripto*.

Todo lo anterior supone que los acreedores llegan a la clave secreta antes de que el deudor pueda transferir. Pero nada ello impide tomar conciencia de que muchas razones impedirán el acceso a estos bienes:

- La existencia de una *wallet* fría.
- La falta de rastro de estos activos en las comunicaciones del deudor.
- La falta de una jurisdicción dotada de las herramientas informáticas necesarias para actuar con la celeridad y precisión necesarias (por ej. juzgados de zonas rurales).
- La imposibilidad de dar con la totalidad de los dispositivos del deudor.

(36) Basta memorar toda la actividad que se desarrolló en aquel renombrado caso chaqueño para apreciar que será harto difícil repetir ese repertorio de medidas en una quiebra. Ver: CCrim. N° 8, Resistencia, 21/11/2018,

- La imposibilidad de hacer efectiva una medida de no innovar en un *Exchange* extranjero, porque la medida no llega en tiempo útil (antes de la transferencia) o bien porque la jurisdicción no es de acceso fácil desde Argentina (por ej. Bielorrusia).

Es decir, todas estas ideas que expresamos no dejan de ser pobres paliativos frente a esta nueva realidad que el derecho debe confrontar.

Desde el ecosistema *cripto* se ha sostenido que la solución a estos problemas pasa, principalmente y, en resumidas cuentas, por la regulación legal de los *Exchanges*.

Esto implica dictar normas legales en cada país para someter a este tipo de empresas a cierto tipo de control como, por ej., a mantener conocimiento sobre quiénes son efectivamente las personas que ostentan las monedas *cripto* que administran. Se establecerían así parámetros de validación de identidad y, de seguro, obligaciones de información a entidades estatales como, en el caso argentino, la AFIP, el BCRA, la UIF y tantas otras que puedan tener un interés fiscal o regulatorio.

“PHM s/defraudación informática en concurso real con violación de secretos y defraudación”. Comentario: “Primer caso argentino sobre apropiación de criptomonedas”, CHOMCZYCK Andrés - PALAZZI Pablo, ob. cit.

Parece una solución débil desde que en internet las fronteras no existen y nada impediría al vecino de General Roca, Río Negro, administrar sus tenencias *cripto* a través de un *Exchange* indio o malayo, donde al juez concursal local le sea imposible llegar en la práctica.

Las leyes argentinas, por mejor intenciones que sean, no serán eficaces en ningún sentido si no vienen acompañadas con medidas concretas y certeras de cooperación internacional. De otra forma, serán siempre un fútil intento.

La esperanza es que esta cooperación internacional llegue más temprano que tarde. El ejemplo del GAFI es alentador, en tanto se percibe que la presión conjunta de la mayoría de los países ha reducido notablemente la cantidad de las jurisdicciones no colaborantes.

En el ecosistema *cripto* también se expresa optimismo respecto de la autorregulación, es decir, la generación de protocolos de actuación para los *Exchanges*. De modo que la actuación seudónima tenga límites y que, en ausencia de validación de la identidad, se limite la transmisibilidad de las tenencias en criptoactivos. Hay tecnología suficiente ya disponible para proveer estos remedios (ej. los *Smart contracts*). No obstante, tampoco somos optimistas en este punto.

Pensamos, al contrario, que la autorregulación tropezará con las ambiciones de

quienes ven en estas monedas un vehículo apto para disponer de dinero en cantidades importantes por fuera del control estatal. De modo que será difícil, si no imposible, establecer estándares uniformes y obligatorios para cada criptoactivo que exista en el presente y en el futuro.

Se impone así una coordinación estatal vigorosa para que los problemas de opacidad y anonimato sigan *in crescendo*.

Una última reflexión. La cuestión que aquí se analiza parece un poco desconectada de la realidad cotidiana, pero eso es una ilusión. Este fenómeno es tan real como cualquier otro. Es un fenómeno presente y actual. Y, sobre todo, es un fenómeno que tiene amplia difusión en nuestro país, donde la existencia de una importante economía en negro es terreno fértil para migrar activos dinerarios no declarados —cualquiera sea su origen— hacia el mundo *cripto*.

Debemos, desde el derecho, colaborar aunadamente con el universo *cripto* para que su irrefrenable avance otorgue a la humanidad más y mejores herramientas empresariales; en equilibrio con reglas y normas que brinden transparencia y previsibilidad. Sumar esfuerzos entre países, entre disciplinas y, sobre todo, entre generaciones parece ser el camino que se nos impone.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2621/2021

Criptomonedas: Una transformación institucional

Bernardo Saravia Frías

I. Introducción

La moneda tiene un valor que excede lo económico: es una institución, punto de apoyo para cualquier sociedad que pretenda un funcionamiento estable.

Desde su origen tiene un papel protagónico en el entramado social. Principiando en la lejana Lidia mesopotámica (1), pero especialmente desde Grecia, en la que tuvo un rol fundacional (2) como medio de igualación (isonomía) en el camino de la tiranía a la democracia. Junto con la ley escrita (*nomos*, en la piedra o tablas), que dio lugar a la igualdad constitucional; la formación hoplita en el ejército, en la que una disposición horizontal de los soldados obligaba a depender de quien estaba al lado con su escudo; y los ritos religiosos, que se extendieron a toda la ciudad, terminando con el dominio de pocas familias que guardaban el secreto (3).

Es por eso mucho más que la mera definición de la ciencia estricta (unidad de valor, de cambio y de reserva): para muchos, junto con la bandera, el himno y el escudo nacional, tiene el estatus de un símbolo patrio que aúna el sentido de pertenencia nacional. Representa la armonía y la fuerza real de un país (4), su soberanía.

Tiene, además, un aspecto central en el análisis para lograr su comprensión cabal: el vínculo con el lenguaje, con lo semiótico. Así como el latín o el inglés fueron idioma común en algún momento dado, también el dracma griego, la libra y el dólar lo fueron en otros. La moneda es un punto de encuentro, idioma global que hace caso omiso de fronteras y permite el vínculo tal vez más importante desde que el hombre es hombre: el comercio.

La aparición de las criptomonedas plantea desafíos que obligan a repensar el rol de la moneda como institución, al menos como la conocemos hasta ahora. Desde un plano no tan solo jurídico, sino también económico, político, sociológico y hasta geopolítico.

Lo que tuvo un inicio lúdico está haciendo tambalear las bases de una de las instituciones centrales de los países: ya lo planteaba Hobbes, cuando sostenía que la moneda es un principio vital para la organización y funcionamiento del Estado, pero por sobre todo para su autoridad (5).

El propósito de este trabajo es analizar el impacto de las criptomonedas en el sistema

monetario internacional, para luego considerar sus efectos en la excepcionalidad argentina.

II. El sistema monetario en jaque

La moneda digital expone al sistema monetario a cambios profundos y sin precedentes en tres planos: al nivel de los bancos centrales, de los bancos privados y de los medios transaccionales de pago.

Desde el desarrollo del liberalismo económico en la primera mitad del siglo XX y particularmente el monetarismo como escuela, los bancos centrales han jugado un papel protagónico en la economía de los países (6).

Basta tener en cuenta su actuación en las dos últimas grandes crisis económicas mundiales.

En 2008, implementando lo que se dio en conocer como *quantitative easing* (flexibilización cuantitativa), herramienta no convencional de política monetaria que permitió con efectos que duran hasta hoy (7), aumentar la oferta monetaria de manera indirecta, a través de la compra de acciones y bonos; toda una novedad, suerte de política keynesiana (8) ajustada a nuestros tiempos.

Y en 2020, cuando con la primera gran recesión provocada por los aislamientos sin precedentes a raíz de la pandemia, muchos bancos centrales utilizaron aquel esquema

para facilitar los *forlough schemes*, es decir, que trabajadores que no prestan servicios continúen recibiendo su paga por los Estados y no por las empresas obligadas a cerrar sus actividades.

Sin perjuicio de que hoy el mundo se pregunta hasta cuándo, ante el temor de lo que parece un inevitable paso a un proceso inflacionario, lo cierto y concreto (y justamente por eso) es que los bancos centrales son actores protagónicos e indiscutidos. Por lo que ocurrió y para lo que vendrá.

Las monedas digitales ponen en cuestión la base misma de ese paradigma, por el solo hecho de que la creación de moneda no dependería ya de los bancos centrales (9). Es decir, ocurriría un desplazamiento del poder de la emisión monetaria, que, aunque resultare solo parcial, tendría efectos de descentralización inéditos de una de las facultades económicas más importantes que tiene un Estado, junto con la recaudación de impuestos (10).

La respuesta de algunos bancos centrales ante el desafío ha sido la creación de lo que se conoce como *govcoins* (11), es decir, la emisión de moneda digital gubernamental.

Los desafíos son mayúsculos, pero se destaca uno de rango constitucional y otro económico, ambos con densa profundidad institucional: la intimidad de los ciudadanos y el impacto en el sistema bancario privado.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DELEUZE, Gilles, “Derrames I. Aparatos de Estado y Axiomática Capitalista”, Cactus, 2017, p. 218 y ss.

(2) EDOUARD, Will, “Réflexions et hypothèses sur les origines du monnayage”, en *Revue Numismatique*, 5a serie, 17, 1955, p. 5, citado por FOUCAULT, eMichel, “Lecciones sobre la voluntad de saber”, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 154. Ver también HIGNETT, Charles, “A history of the Athenian Constitution to the End of the Fifth Century B.C.”, Clarendon Press, Oxford, 1952.

(3) FOUCAULT, Michel, ob. cit., ps. 153 y ss.

(4) Ibidem, p. 164.

(5) HOBBS, Thomas, “Léviathan: Traité de la matière de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile”, Éditions Sirey, Paris, 1971, citado por DELEUZE, ob. cit., p. 202. Este pensamiento es la base de Jean Bodin para su tesis sobre la soberanía y los mercantilistas como escuela económica.

(6) El primer banco central es el inglés y data de 1690. DELEUZE, ob. cit., pág. 209, en explicación que da el economista Eric Alliez. Para un análisis de las políticas liberales que dieron nacimiento a conceptos fundantes como el estado de derecho y al rol de las instituciones como los bancos centrales en ese marco, ver especialmente las clases del 14/02/1979 y del 21 de febrero del

mismo año de Michel Foucault, en “Nacimiento de la Biopolítica”, ob. cit., ps. 155 y ss.

(7) Ver, por ejemplo, Semanario *The Economist*: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2021/07/04/central-banks-face-up-to-the-daunting-task-of-quitting-qe>.

(8) Para un tratamiento didáctico de las políticas keynesianas, ver HEILBRONER, Robert L., “Vida y doctrina de los grandes economistas”, Orbis, 1984, p.115 y ss. También, GALBRAITH, John Kenneth, “Historia de la Economía”, Ariel Sociedad Económica, 2013. Para un estudio de primera mano, KEYNES, John Maynard, “A Treatise on

Money”, Martino Fine Books, 2011.

(9) Una anticipación harto interesante la hace Marx, al analizar la moneda metálica, fiduciaria y escritural. Marx Karl, El Capital, Libro Primero, Tomo I, Volumen 1, capítulo III “El dinero, o la circulación de mercancías”. También MARX Karl, “Contribución a la crítica de la política económica”, Siglo XXI, México, 2008, Libro 1, Capítulo segundo: “El dinero o la circulación simple”.

(10) DELEUZE, ob. cit., p. 202.

(11) Ver, por ejemplo, en semanario *The Economist*: <https://www.economist.com/leaders/2021/05/08/the-digital-currencies-that-matter>.

II.1. Hacia una nueva intimidad bajo la atenta mirada de Peter Parker

La digitalización monetaria —la programación de billetes y monedas— permitiría un control sin precedentes en la vida de los ciudadanos, porque facilitaría una perfecta trazabilidad de pagos y consumos.

Pero no solo de lo que se puede, sino también de lo que no se puede: el gobierno podría privilegiar el cobro de sus impuestos de sus contribuyentes morosos; también impedir determinadas transacciones como el alquiler de viviendas; una nueva forma de regular el comercio desde una plataforma exponencialmente más poderosa que la bancarización.

Por cierto, la privacidad de los consumidores es uno de los asuntos más candentes respecto del manejo de información por parte de las que se conocen como las *Big Tech* (i.e. Facebook, Instagram, WhatsApp, Apple, Twitter); tanto, que ha dado lugar a una intensa actividad legislativa y judicial, particularmente en Estados Unidos y en la Unión Europea (12). En Oriente, de su lado, con la implementación abierta de controles estrictos (y muy efectivos) por parte del gobierno de la República Popular de China, con derivaciones secundarias como ha sido el caso de sanciones a la empresa Alibaba.

La originalidad en el caso de las *govcoins*, especialmente para países occidentales, es que serían los gobiernos los que contarían de manera directa con esa información: se trataría de cuentas abiertas en los bancos centrales, con pagos y transferencias que se ordenarían electrónicamente.

Se podría argumentar que organismos de recaudación impositiva y autoridades de lucha contra el lavado de dinero ya cuentan con la posibilidad de acceder a esos datos. Lo cierto es que no de manera tan directa y siempre sujeto, hasta ahora, a regulaciones como el secreto bancario, fiscal y financiero (13) que dan un marco mínimo de protección.

Se plantea así uno de los dilemas más anti-guinos vinculados al control: *quid custodiet ipsos custodes* (quién controla a quien controla). Y una paradoja: las tecnologías al mismo tiempo que facilitan la vida de las personas abren flancos sin precedentes sobre su libertad (14).

Algunos buscan una respuesta comparimentando el concepto (i.e. distinguiendo la libertad económica, de la política, de la de expresión) de un modo absurdo, al menos para los criterios culturales clásicos, en los que la libertad es una e indivisible, valor pétreo de nuestra organización social que, como tal, no admite esos justificativos clasificatorios (15).

Desde esta perspectiva no deja de ser interesante cómo un desafío al poder, a una de las facultades más potentes de un Estado, puede invertirse hasta el punto de devenir una fuente de mayor poder, en este caso de control (16).

“Un gran poder conlleva una gran responsabilidad”, de acuerdo con el principio de Peter Parker; el problema es que el don de la *enkrateia* [el arte de gobernarse a uno mismo (17)] no es algo muy extendido entre quienes gobiernan, especialmente en países de cuño populista (18).

II.2. Imaginen a los dinosaurios...

Los desafíos no se limitan a la faz institucional jurídica. Se extienden a la económica, desde el momento en que podrían significar un golpe de muerte al sistema bancario privado como lo conocemos hoy.

Hasta ahora, los bancos centrales tenían como misión “preservar el valor de la moneda” (19), siempre de manera indirecta, a través de los bancos (fueren estatales o privados) que hacen de intermediarios imprescindibles con los usuarios.

La moneda digital emitida por un gobierno también puede poner en jaque ese paradigma: las cuentas serían ahora abiertas en los bancos centrales de modo directo y podrían ser operadas por una app por cada titular. De extenderse su uso, la *raison d'être* de los bancos estaría, por lo menos, en cuestión.

Puede sostenerse válidamente que es la evolución lógica, especialmente luego de la crisis del 2008 en los Estados Unidos, en la que tuvo lugar un salvataje generalizado a bancos privados luego del estallido de la “burbuja *subprime*” y la aplicación a rajatabla del principio “too big to fail” (20).

Significaría, sin embargo, un desplazamiento mayúsculo y con consecuencias impensadas, del calibre de la desaparición del mayorazgo o la aparición del plebiscito (y el derecho a veto del tribuno de la plebe) o la garantía en Roma (21). La desaparición de los bancos como intermediadores conlleva necesariamente replanteos de tal profundidad, que habrá que reconsiderar conceptos elementales de la ciencia jurídica y económica.

Desde que se produjeron los primeros depósitos (22) han sido los bancos privados los que permitieron lo que se conoce como “milagro del crédito”: prestar con un respaldo de los depósitos inferior al ciento por ciento de lo prestado, en la asunción de que no todos los depositantes van a requerir la devolución de sus dineros al mismo tiempo. Esta alquimia, que permite crear dinero, es la que ha dado lugar al desarrollo del sistema financiero moderno y es uno de los gérmenes fundamentales del capitalismo, financiando empresas tan riesgosas y variadas como el descubrimiento de América, de la mano de los banqueros Pinzón o los Fugger (23), o la creación de imperios con el apoyo de los Rothschild (24).

Las *govcoins* darían lugar a un nuevo mundo: la interrelación directa entre los bancos centrales y la ciudadanía. Eficacia, por ejemplo, para la acción social por parte de los gobiernos, si es que se considera las

ayudas sociales por desempleo o ayuda directa por carencia. Mayores riesgos indudables, frente a la posibilidad de un manejo directo de la capacidad prestable, del circulante y la masa monetaria.

Reformulación, en definitiva, del rol de los bancos centrales y el sistema bancario privado: los primeros ampliando su protagonismo; los otros, en un tránsito hacia la irrelevancia, hacia un papel anecdótico y secundario.

II.3. Clásico vs. moderno

Es cierto que los bancos han estado asociados históricamente a la modernidad; han sido símbolo de cambio y adaptación. Sin embargo, en los últimos años no han estado a la altura de las circunstancias: tal vez el último gran desarrollo tecnológico han sido los cajeros automáticos, en el siglo pasado (25).

La red planteó por un tiempo la necesidad de adaptarse (26); aun así, con marcadas excepciones (27) los bancos continuaron su modelo de negocios tradicional de sucursales físicas y plataformas digitales con escaso desarrollo y prestaciones.

Las monedas digitales ponen al sistema bancario privado ante un incómodo espejo. Ya no es solo la posibilidad de perder gran parte de sus depósitos de la mano de las *govcoins*; se suma la acción de las empresas tecnológicas que mejor han aprovechado las oportunidades del forzado encierro pandémico.

Sin los costos y estrictas regulaciones que pesan sobre los bancos (tal vez la mayor ventaja), desplegaron herramientas que permiten sortear el uso de efectivo y hasta de tarjetas de crédito. Empezaron como simples medios de pago electrónicos para devenir en plataformas que identifican más eficazmente las necesidades financieras, desde préstamos hasta la posibilidad de mantener dinero como ahorro. Nada físico, todo virtual, especialmente el denominador común de todas estas operaciones: la moneda.

Basta pensar en Mercado Pago, en Alibaba, en PayPal. Parecen los representantes de un nuevo mundo. Es como ver BlackBerry ante la aparición del iPhone, en una confirmación cruenta de la destrucción creativa schumpeteriana (28).

El problema no es tan solo el funcionamiento del sistema bancario privado. El esquema regulatorio al que está sometido, especialmente justificado por su participación protagónica en la creación de dinero a través del “milagro del crédito”, debe ser reformulado, tomando en consideración estos nuevos sujetos de interés que pueden llegar a cumplir idéntico rol, pero con mayor potencia y velocidad.

Hasta ahora el foco regulatorio ha estado puesto principalmente en el uso de las criptomonedas para pagos ilícitos, particularmente en lo que se ha dado en llamar

“cybercrime”, con pocos casos conocidos y muchos que no han tomado luz pública por razones de confidencialidad: se trata de situaciones de chantaje puro y duro, en el que ante la intervención ilegal de los sistemas informáticos de empresas, se exige un pago en criptomonedas para la liberación, valiéndose de las ventajas en cuanto a identidad y trazabilidad que confieren (29).

De un lado, entonces, las *egov*; del otro, nuevos actores valiéndose de las monedas digitales y los negocios y oportunidades asociadas; en el medio, el sistema bancario clásico bajo desafío. Aquel que tuvo su origen con la moneda metálica, pasando con mucho éxito por la moneda fiduciaria parece estar enfrentando el ocaso, con el surgimiento de la moneda digital. Cuesta creer que los adalides históricos de la modernidad no tengan respuesta y queden atónitos ante el cambio.

II.4. ¿Y por casa?

Históricamente el vínculo de los argentinos con la moneda ha sido peculiar. Hemos intentado de todo: desde caja de conversión hasta ley de convertibilidad; desde ley de intangibilidad de los depósitos hasta pesificaciones forzosas y asimétricas. Lo que nunca hemos tenido es estabilidad sostenida. Por dos razones, esencialmente: falta de palabra y de imperio de la ley. Una moneda devuelta no es más que un reflejo de esas dos carencias; dicho al revés, la palabra y la ley son el presupuesto necesario para el valor de la moneda.

Nuestro presente gira en derredor de esas ausencias llevadas al extremo. Mientras el mundo transita hacia una transformación monetaria fundamental, seguimos anclados en criterios de otro tiempo. Con restricciones seriamente inconstitucionales, nos hemos aislado del lenguaje monetario global.

Vivimos en una mentira, en la que las cosas tienen allende nuestra frontera un valor real, el doble del local. En donde está prohibido comprar moneda extranjera (salvo el acceso a doscientos dólares por mes) y hay que recurrir a mecanismos alternativos para sortear el interdicto absurdo. Lo que es más grave, hemos naturalizado esas extravagancias.

Argentina de espaldas al mundo. Entramos de lleno en un estado de excepción efectivo y permanente (30), de pura ficción desconcertante. Fuimos capaces de volver a las licitaciones públicas en papel en nombre de la “eficacia” (31); no cuesta mucho imaginar las regulaciones que sobrevendrán para todo aquello vinculado a las monedas digitales. De un lado, una nueva base imponible para gravar. De otro, restricciones inverosímiles para evitar la innovación a toda costa [también se vio con la abandonada ley de Economía del Conocimiento (32)], en tren de asegurar privilegios y prebendas.

Hasta tanto, y a diferencia de la mayoría de los países en los que la criptomoneda es usada fundamentalmente como unidad de inversión y reserva (aun cuando sea con fi-

(12) Ver, por ejemplo, en periódico *Wall Street Journal*: https://www.wsj.com/articles/the-no-ownership-society-11620581207?mod=searchresults_pos3&page=1; https://www.wsj.com/articles/everybody-vs-the-app-store-why-companies-are-taking-issue-with-apples-growing-revenue-engine-11601129781?mod=searchresults_pos13&page=1. También: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilung/DE/2020/2020080.html>

(13) Ley 21.526, art. 39 y Ley 25.246, art. 17.

(14) DELEUZE, Gilles, “El Poder (curso sobre Foucault)”, Cactus, 2014, t. II.

(15) HALPER, Stefan, “The Beijing Consensus. Legitimizing Authoritarianism in our time”, Basic Books, 2010.

(16) “Es el pasaje de una sujeción social a un régimen

de servidumbre maquina”, en palabras de DELEUZE, en *Derrames II*, ob. cit., p. 71.

(17) DELEUZE, Gilles, “La Subjetivación (curso sobre Foucault)”, Cactus, 2015, t. III, p. 98.

(18) ZIZEK, Slavoj, “Contra la Tentación Populista”, Ed. Godot, 2019.

(19) Cabe destacar que en nuestro país esa misión tan básica ha sido puesta en cuestión, para hacerla más amplia y comprensiva de aspectos no financieros.

(20) Cuya ocurrencia costaba imaginar: ver GREENSPAN Alan, “The Age of Turbulence”, Penguin Press, 2007.

(21) SCHIAVONE, Aldo, “IUS. La invención del derecho en Occidente”, Adriana Hidalgo Editora, 2012, ps. 414 y 464 respectivamente.

(22) Los primeros bancos eran los grandes centros re-

ligiosos griegos. De allí que se consideraba sacrilego a quien falsificaba moneda. Foucault, “Lecciones sobre la voluntad de saber”, ob. cit., p. 161.

(23) FUENTES, Carlos, “El Espejo Enterrado”, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 176.

(24) FERGUSON, Niall, “The House of Rothschild”, Penguin Books, 1999.

(25) Reflexión que sería del cuño de Paul Volcker, cuando fuera presidente de la Reserva Federal, en medio de la crisis provocada por el banco Lehman Brothers.

(26) BARICCO, Alessandro, “The Game”, Anagrama, 2019.

(27) Como el caso de Nubank, por ejemplo.

(28) SCHUMPETER, Joseph A., “La Théorie de l'évolution économique”, trad. de J.J. Ansert, Paris, Librairie

Dalloz, reedición 1999.

(29) Ver, por ejemplo, en el periódico *The Wall Street Journal*: https://www.wsj.com/articles/ransomware-is-the-irs-of-bitcoin-11625346129?mod=searchresults_pos4&page=1. Los casos más resonantes en los últimos meses han sido “Colonial Pipeline”, “JBS S.A.” y “Kaseya”.

(30) AGAMBEN, Giorgio, “Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda”, Adriana Hidalgo editora, 2017, p. 91.

(31) Dec. 338/2020 (4/04/2020).

(32) Ley 27.570.

nes especulativos) y cada vez más de cambio, en la Argentina del *default* iterativo ha devenido un eficaz dispositivo para sortear los límites del régimen (penal) cambiario.

Al ya conocido “contado con liquidación” se suma ahora esta novedosa herramienta, como fundamento en esquemas sofisticados para egresar (cada vez más, por cierto) o ingresar divisas (cada vez menos, por cierto).

Desafío inédito para el sistema bancario argentino que ve pasar de costado esta oportunidad de intermediación: a las costosas regulaciones que ha de cumplir, se le suma la inercia de un mercado que también padece las consecuencias del aislamiento internacional, marcadas por la falta profunda de innovación, propias de un mercado cautivo.

(33) AGAMBEN, Giorgio, ob. cit., p. 90.

Y desafío mayúsculo para los organismos de control, que todavía consideran superficialmente el fenómeno, a la distancia, siguiendo la admonición evangélica citada por Orígenes: “Ay de vosotros, hombres de ley, porque habéis quitado la llave del conocimiento: no habéis entrado vosotros mismos y no habéis permitido que entren los que se acercaban” (33).

III. Conclusión

Las instituciones son el punto de apoyo de la organización social. Lo suyo es el largo tiempo histórico que excede el aquí y ahora de la coyuntura, propio de las leyes. Más que prohibiciones y permisividades, son un acuerdo social formado por capas que remontan a las civilizaciones que nos precedieron y desde el pasado nos conforman, y una proyección futura que se actualiza con las mutaciones. Son la cultura de un pueblo.

La moneda es una institución capital de nuestra civilización en derredor de la cual se ha formado un ecosistema compuesto de bancos centrales, bancos privados y medios de pago. Las criptomonedas están poniendo el sistema en cuestión, obligando a pensarlo desde sus bases, provocando desplazamientos inéditos de poder que lleva a reacomodamientos y creaciones que, paradójicamente, buscan mantener el *status quo*.

Argentina, para variar, es un caso excepcional. Nuestros desafíos en esta materia son los propios de un país que ha decidido aislarse del lenguaje monetario internacional, que ha decidido tapar el sol con las manos en un pleno de impericia con pocos precedentes. Las criptomonedas son un espejo de una realidad anacrónica y triste.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2622/2021

Más información

[Castillejo Arias, Víctor A.](#), “Régimen de responsabilidad civil de los exchanges de criptomonedas”, RCCyC 2020 (agosto), 139, TR LALEY AR/DOC/1758/2020
[Santarelli, Fulvio G.](#), “Contratos autoejecutables: smart contracts”, LA LEY, 2020-C, 592, 64, TR LALEY AR/DOC/1615/2020

Libro recomendado:

[Contrato y Mercado](#)
 Autor: Santarelli, Fulvio G.
 Edición: 2018
 Editorial: La Ley, Buenos Aires

Jurisprudencia

Criptoactivos

Hábeas data iniciado por un cliente bancario a fin de que el BCRA suprima de manera inmediata el registro de clientes de criptoactivos. Ausencia de legitimación para representar a la clase involucrada. Rechazo de la pretensión. Incumplimiento del reclamo previo obligatorio.

1. - Para que la acción de hábeas data sea procedente tiene que existir una negativa, expresa o implícita, del responsable de los datos, que solo se puede producir al realizarse por parte del titular de los datos el reclamo correspondiente. De la documentación acompañada y de la compuls de la causa no se desprende que el accionante haya cumplido con la obligatoriedad del “ejercicio del derecho de acceso previo”, razón por la cual no se encuentran reunidos los presupuestos exigidos por la norma para la procedencia de la presente acción (arts. 14, 16 y 39 de la ley 25.326).
2. - El actor no se encuentra legitimado activamente para representar al colectivo invocado, a saber, todos los compradores y/o vendedores de criptoactivos, pues, al existir un universo tan vasto de sujetos, existe una “variation”, es decir, sujetos disímiles en su reclamo por tener distintas participaciones y calidades de criptoactivos diferentes, lo cual dificulta delimitar la clase descripta, sumado a que el accionante no definió de forma cierta, objetiva y fácilmente comprobable a la clase que pretende representar. En consecuencia, únicamente se puede analizar la viabilidad de la acción incoada respecto de su propio derecho.
3. - La mera invocación genérica de vulneración por el BCRA contra todos los compradores y/o vendedores de criptoactivos resulta insuficiente para establecer una causa fáctica común.
4. - No resulta posible identificar una causa fáctica común, toda vez que, al estar conculcado un derecho personalísimo como es el de la intimidad, no es posible afirmar que el comportamiento que se imputa a la demandada haya afectado, de igual forma, a todos los sujetos que integran el colectivo que se pretende representar y, por lo tanto, no permite tener por corroborada, con una certeza mínima, la existencia de efectos comunes, conforme la doctrina sentada en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111).
5. - No existe un mismo nexo causal que alcance a todo el grupo que se pretende representar, ya que de los datos solicitados por el BCRA a las entidades financieras (CUIT;

denominación o razón social; su número de cuenta y tipo de la misma; domicilio real, legal y especial; los autorizados para utilizar dichas cuentas) no es posible presumir que cause el mismo agravio y afecte en iguales condiciones el derecho a la intimidad de todos los miembros de la clase que se pretende representar.

6. - En lo que respecta a la acción de hábeas data, la información pertenece exclusivamente al interesado, ya que la intimidad le pertenece a un sujeto preciso y queda en él la reserva de sus derechos.
7. - El titular de los datos sería el único legitimado para interponer la acción de hábeas data. Ello así, pues se trata de la tutela de un derecho de corte personalísimo, como lo es el derecho a la intimidad —dado el carácter personal de los datos—.

JNFed. Contenciosoadministrativo Nro. 10, 26/04/2021. - Castillejo Arias, Víctor Atila c. Banco Central de la República Argentina s/ Hábeas data.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/10822/2021]

1ª Instancia. - Buenos Aires, abril 26 de 2021.

Considerando: I. A fojas 2/13 (conforme surge del sistema lex 100 al cual se hará referencia) se presenta el Sr. Víctor Atila Castillejo Arias, por derecho propio y en representación de toda persona humana y jurídica “que hayan usado sus cuentas bancarias para la compra, [venta y/o tenencia] de criptoactivos”, e interpone de acción de Hábeas Data contra el Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA), a fin de que el suprima y/o disocie de manera inmediata el registro clientes de criptoactivos.

En su escrito de inicio, explica que el día 2 de abril de 2021 tomó conocimiento a través de una nota periodística que el BCRA le habría exigido a las entidades financieras que debían brindarle “cierta información”.

Al respecto, acompaña una imagen de lo que afirma es el pedido de información a las entidades financiera, por conducto del cual se les solicita datos “que permita identificar a los clientes que posean cuentas para tenencia de criptoactivos o que hayan declarado o se tenga conocimiento que realizan operaciones de compra y/o venta, y/o gestión de pagos mediante criptoactivos” (v. fs. 2/13).

Manifiesta que la información solicitada es: i) CUIT; ii) Denominación o Razón Social; (iii) Número de cuenta y tipo de la misma;

(iv) Domicilio real, legal y especial; (v) los autorizados para utilizar dichas cuentas (v. fs. 2/13).

Narra que la solicitud realizada por la entidad bancaria viola su derecho constitucional —como así también de la clase que pretende representar— a la privacidad e intimidad prevista en los artículos 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional, así como varias disposiciones específicas del régimen Protectorio de Datos Personales (Ley N° 25.326 y Decreto Reglamentario N° 1558/2001).

Funda su legitimación en el hecho de ser tenedor de criptoactivos y, asimismo haber comprado y/o vendido a través de su cuenta bancaria, criptomonedas. Como consecuencia de ello, y por el hecho de que su interés individual en el resultado del presente pleito —a su criterio— representa adecuadamente al grupo colectivo invocado, toda vez que “es abogado especialista en derecho y nuevas tecnologías y (...) realizó trabajos de investigación sobre la materia (sic)”. Concluye que, en el *sub lite*, resulta aplicable el precedente del Máximo Tribunal “Halabi” en cuanto a la legitimación colectiva.

Indica que la petición realizada por el BCRA entra en conflicto con el régimen protectorio de datos personales, por lo que no solo debe ser suspendida, sino que debe ser completamente eliminada, o, en su defecto, disociada de manera que no se pueda individualizar de ninguna manera a aquellas personas o sujetos que atesoran, compran y/o venden criptoactivos.

Explica que, para que el BCRA recolectara los datos referidos anteriormente, los titulares de los mismos debieron ser previamente notificados y, en consecuencia, prestar con antelación su consentimiento libre, expreso e informado.

En este orden, señala que su entender no acaece ninguna de las excepciones prevista por el artículo 5º, inciso 2º de la Ley de Protección de Datos Personales (N° 25.326).

Por otra parte, afirma que los datos económicos son sensibles y, por lo tanto, son confidenciales y hacen a la esfera de la intimidad de cada persona humana, como jurídica.

Reseña que, las entidades financieras conminadas a entregar los datos resultan alcanzadas por el secreto de no revelar las operaciones pasivas que realicen, y que por ello las entidades financieras resultan facultados a tratar los datos que se describe en los incisos a), b), c) y d) del artículo 39 de la Ley N° 21.526, sin consentimiento alguno, pero que por el contrario el BCRA no tiene esta facultad.

Aduce que la accionada se encuentra facultada para “vigilar” el estado general del sistema financiero nacional, pero que ello no implica que posea competencia y/o potestad de “vigilar” las transacciones privadas que hagan las personas con su dinero, y que por ende, la confección de un registro que identifique a todos los individuos que hayan declarado o “se tenga conocimiento” de que realicen operaciones de compraventa con criptoactivos sería —según su entender— una intromisión en la vida privada de las personas intolerable en un estado de derecho.

Finalmente, ofrece prueba e introduce la cuestión federal para el momento procesal oportuno.

II. Así planteada la cuestión, debe identificarse cuál es el derecho que resulta protegido por el tipo de acción impetrada.

Sobre el punto, conviene recordar que “el bien jurídico tutelado por la acción de hábeas data, es en principio el derecho a la intimidad [derecho personalísimo de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por sola condición de persona], sin perjuicio de otros derechos conexos” (conf. Basterra, Marcela I., “Los Derechos Personalísimos en el Nuevo Código Civil y Comercial. Derecho a la Intimidad, Derecho al Honor y Derecho a la Imagen”, en AAVV, “Estudios Constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación”, Dalla Vía, Alberto y García Lema, Alberto (Dir.).; T. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, ps. 306 y 315/316).

En otras palabras, “el hábeas data se proyecta hacia fines inconmensurables, por lo que no resulta pertinente afirmar que resguarda un único derecho, dado que a través de esta garantía puede preservarse una multiplicidad de derechos fundamentales como; la intimidad, el honor, la imagen propia, la fama o reputación, la reserva, la confidencialidad la dignidad personal y la autodeterminación informativa” (conf. Basterra, ..., “Los Derechos...”, op. cit. ps. 306 y 315/316).

Ahora bien, en relación con la acción de hábeas data, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la Constitución Nacional ha consagrado el derecho de toda persona a interponer una acción expedita y rápida para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, contenidos en registros o bancos de datos públicos y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir su supresión, rectificación, actualización y confidencialidad (Fallos: 328:797).

En tal sentido, el instituto del hábeas data —diseñado en el apartado 3º del art. 43 de la Cons-

titución Nacional—, constituye una garantía que tiende a que todos los habitantes puedan acceder a las constancias de los archivos de bancos de datos públicos o privados, y controlar su veracidad y difusión. De esa manera, protege la identidad personal y garantiza que el interesado tome conocimiento de los datos a él referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos públicos o los privados destinados a proveer informes. Constituye, por lo tanto, una garantía frente a informes falsos o discriminatorios que pudieran contener y autoriza a obtener su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización. Se trata, pues, de una dimensión del derecho a la intimidad, en conexión de sentido con el artículo 19 de la Constitución Nacional; constituye la acción que garantiza el derecho que toda persona tiene “a decidir por sí misma en qué medida compartirá con los demás sus sentimientos, pensamiento y los hechos de su vida personal” (Fallos: 306:1892).

En esta inteligencia, el remedio procesal mencionado protege una multiplicidad de derechos sustantivos que pueden verse afectados por la difusión, falsedad, o efecto discriminatorio del tratamiento de aquellos datos, entre ellos el derecho a la identidad, a la imagen, a la intimidad, a la seguridad y situación económica, entre otros (conf. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, T. I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: LA LEY, 2018, ps. 840/841).

Razón por la cual, resulta importante destacar que, la lesión denunciada por el amparista recaería sobre el derecho de la intimidad, un derecho de corte personalísimo y, específicamente al resguardo de los datos que hacen a la situación patrimonial.

III. Sentado ello, es válido aclarar que el accionante inició la presente demanda por derecho propio y en nombre y representación de todas aquellas personas que utilizan sus cuentas bancarias para comprar y/ o vendercriptoactivos.

Habida cuenta lo expuesto, de manera preliminar al trámite de la acción debe analizarse la “legitimatío ad processum”, la cual resulta uno de los presupuestos indispensables para que se constituya válidamente la relación jurídica procesal, puesto que la falta de tal requisito determina la inexistencia de un “caso”, “causa” o “controversia” que deba ser resuelto por el Poder Judicial (Fallos: 326:1007, 3007; 324:2381, entre muchos otros).

En efecto, los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional encomiendan a los tribunales de la República el conocimiento y decisión de todas las “causas” y “casos” o “asuntos” que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución y, por otra parte, el artículo 2º de la Ley Nº 27, establece que la justicia nacional “solo ejerce su jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”. En estos términos, las “causas” que habilitan la actuación judicial, son aquellas “en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas” (Fallos: 310:2342; 311:2580; 313:588; 313:594; 317:335; 324:2381).

De esta forma, el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la concurrencia de la afectación de un interés jurídicamente protegido o tutelado y susceptible de tratamiento judicial (conf. Sala III, *in rebus* “Carrió, Elisa y otros c. EN - Ley 26.080 - Consejo de la Magistratura - Jurado de Enjuiciamiento s/ amparo ley 16.986” del 27/03/2007; “Movimiento de Recuperación de Energía Nacional Orientadora c. EN - Ley 23.696 - Dto. 1055 1212 y 1589/89 s/ amparo ley 16.986”, del 13/09/2007; “Unión de Usuarios y Consumidores c. EN - PEN - Dto. 847/99 y otro s/ proceso de conocimiento”; del 07/02/2008; “Posse, Francisco J. M. c. EN - Mº Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación s/ amparo ley 16.986”, del 18/04/2017, entre otros).

En esta inteligencia, el cimero Tribunal determinó que la regla ha sido formulada mediante el uso de la expresión técnica de que las partes del juicio deben tener, para ser tales, “la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso” (Fallos: 327:2722 y 327:1890, entre otros).

En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal ha destacado que de la ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo no se sigue la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción (Fallos: 321:1252; 321:1352; 323:1261; 326:3007).

IV. Así las cosas, se tratara en primer lugar la legitimación colectiva invocada. A tal fin, corresponde analizar la extensión y alcance de la “legitimatío ad processum”.

IV.1.- En este sentido, es dable señalar que, hasta la reforma constitucional del año 1994, para estar en juicio se requería que el daño o riesgo recayese sobre un interés propio del actor. De ahí que, en principio, nadie estuviese legitimado para actuar en juicio en interés de un tercero afectado. Sin embargo, ese principio generalmente, presentó excepciones, al admitirse, que el daño sufrido por terceros pudiese ser invocado por el que solicitaba un determinado pronunciamiento judicial en su favor (Fallos: 308:733, v. especialmente cons. 3º). En ese supuesto, sea que invocase su propio interés, sea que se apoyase en el interés de un tercero, el requirente actuaba en busca de un pronunciamiento a favor suyo, es decir, con un objetivo que podría caracterizarse como auto interesado.

Posteriormente, se admitió, en el plano legislativo primero y constitucional más tarde, la defensa del interés de terceros ya no en beneficio del actor sino del mismo tercero, al reconocer la posibilidad de que cualquier persona pudiese interponer acción de hábeas corpus en beneficio de otro (v. art. 5 de la Ley Nº 23.098 y art. 43, cuarto párr., de la Constitución Nacional).

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha extendido esta posibilidad al admitir que ciertas organizaciones defiendan el interés de terceros que se encontraban con serias dificultades para hacerlo por sí mismos por encontrarse en prisión (Fallos: 325:524 y 328:1146). Interpreto todos estos casos como aplicaciones y excepciones de la regla tradicional, según la cual la defensa judicial de derechos individuales corresponde, en principio, a sus titulares.

IV.2.- Ahora bien, con posterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el pronunciamiento dictado en la causa caratulada “Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873, dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24 de febrero de 2009 (Fallos: 332:111), la Corte Suprema de Justicia de la Nación delineó el criterio que permite comenzar a trazar una distinción entre la legitimación individual y colectiva.

IV.2.1.- Sobre el punto, después de indicar que —en materia de legitimación procesal— corresponde delimitar tres categorías: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, destacó que en “todos esos supuestos, la comprobación de un ‘caso’ es imprescindible (...) ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición” (v. cons. 9).

En particular, expresó que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de

obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible para su titular, quien debe probar, indispensablemente, una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable [e] Indicó que a esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional” (v. cons. 10º).

Asimismo, afirmó que “la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados”. Aclaró que en estos casos “no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Este dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño” (v. especialmente cons. 12).

En virtud de ello, manifestó que “[l]a eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado” (v. cons. 12 y sus citas).

Concluyó que la procedencia de este tipo de acciones, que califica como “de clase”, requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado (v. especialmente cons. 13).

IV.2.2.- Posteriormente, en el precedente caratulado “Cavaleri, Jorge y otro c. Swiss Medical SA s/ amparo”, sentencia del 26 de junio de 2012 (Fallos: 335:1080), el Máximo Tribunal confirmó el rechazo *in limine* de la acción de amparo entablada por una asociación de consumidores contra una empresa de medicina prepagada, pues no concurrieron los presupuestos mencionados en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111) y destacó con relación a la verificación de una causa fáctica común, “que la asociación no ha logrado identificar la existencia de ese hecho —único o complejo— que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos, y de las constancias de la causa y de los dichos de los actores surge que el afiliado solicitó la provisión del equipamiento, necesario para el tratamiento de la afección que padece, y que la demandada no dio respuesta a su reclamo, por lo que no se advierte que la situación planteada lesione intereses individuales homogéneos que la asociación pueda válidamente defender, al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepagada de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes a los del requirente” (v. cons. 7º).

Y, por otro lado, tampoco se encontró configurado el segundo de los requisitos exigidos en

el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111): “toda vez que, conforme surge de la documentación acompañada en los términos de la demanda, la pretensión se encuentra focalizada exclusivamente en las particulares circunstancias del actor no en efectos comunes de un obrar de la demandada que pudiera extenderse un colectivo determinado determinable” (Fallos: 335:1080, v. cons. 8º).

IV.2.3.- El estándar del precedente “Halabi” (Fallos: 332:111), fue reiterado por el Máximo Tribunal al admitir que los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos se encuentran contemplados en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional y pueden ser objeto de tutela en el marco de acciones colectivas. Ello, en la medida en que, quien persiga su protección, demuestre: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión este concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir. Dicho criterio, ha sido reafirmado en distintos fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. CSJN, *in re*: “Padec”, Fallo: 336:1236 y Fallos: 337:196; 337:753; entre otros).

En esta tesitura, el cimero Tribunal en los autos caratulados “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros”, sentencia del 10 de febrero de 2015 (Fallos: 338:40) rechazó la acción al entender que no resultaba posible identificar el universo de consumidores afectados según las constancias obrantes en la causa. Así sostuvo, que si la asociación pretendía proteger en su demanda a todas las personas físicas y jurídicas que hayan adquirido directa o indirectamente cemento Portland, el universo de situaciones y supuestos comprendidos resultaba excesivamente vasto y heterogéneo y, asimismo, presentaba el inconveniente de resolver la cuestión planteada útilmente y con efecto expansivo.

En este orden, el Alto Tribunal afirmó que “su admisión formal requiere, entre otros aspectos, que el demandante identifique en forma precisa al grupo o colectivo afectado que se pretende representar. /// En efecto, la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo. /// Ello es así ya que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva” (Fallos: 338:40, v. cons. 9º).

De esta forma, la Corte concluyó que “en este sentido, y habiendo ya transcurrido más de cinco años desde el dictado del precedente “Halabi” (Fallos: 332:111), resulta razonable demandar a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros. Por iguales motivos, también cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener que tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería

comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción” (Fallos: 338:40, v. cons. 11º).

Finalmente, en el precedente “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016 (Fallos: 339:1077), en lo que aquí concierne, con relación a la “acceso a la justicia”, resulta insoslayable para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos. En efecto la cimero Tribunal remarcó que “la asociación actora se presentó, en el marco de un proceso colectivo, en representación de la totalidad de los usuarios de gas del país (...) solo respecto de los ‘usuarios residenciales’ (...) es posible sostener que el caso involucre un supuesto en el que se encuentre comprometido el acceso a la justicia. Ello es así, en tanto solo en relación con el mencionado colectivo cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad (...) el tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia” (v. cons. 12 del voto de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco).

IV.3.- Así las cosas y conforme se desprende del análisis realizado, debe reconocerse legitimación colectiva a los sujetos referente a los intereses individuales homogéneos cuando acrediten la existencia de: (i) un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión este concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; (ii) la precisa identificación de una clase; y (iii) que de no reconocerse legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir.

V. Bajo los parámetros fijados precedentemente, cabe examinar si en el *sub lite* se cumplen los requisitos descriptos.

V.1.- A tal fin, es necesario indagar si existe, en el *sub judice*, una causa fáctica común.

Al respecto, se ha sostenido que “[e]n ‘Halabi’, la Corte Suprema estableció que el reclamo debe concentrarse en efectos comunes para que exista un caso colectivo en materia de intereses individuales homogéneos. Este aspecto tiene relación lo que dice la ‘Regla 23.a’ (...) que requiere que la reclamación sea representativa o típica de la clase como todo (*typicality*). Ello significa que el reclamo del individuo que promueve la acción debe estar basado en el mismo curso de eventos y envolver los mismos argumentos legales que los que involucran al resto de la clase. /// Este elemento es necesario, porque podría ocurrir que un hecho cause un daño a un grupo, y uno de los sujetos afectados promueva una demanda, pero que esta no se base en los hechos comunes, sino en un nexo causal específico. Si es así, la sentencia a dictarse no puede tener efectos expansivos hacia los demás” (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Justicia Colectiva”, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, 2017, p. 199).

Ahora bien, se entiende por nexo causal “como (...) [el] vínculo externo que se establece entre el daño (o el peligro de daño) y un hecho que lo ha generado; en su virtud, ese perjuicio (o la amenaza de que ocurra) se imputa fácticamente al suceso que es su fuente, con prescindencia de toda valoración sobre injusticia o reprochabilidad” (conf. Zavala de González, Matilde, “Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de daños - Relación de causalidad”, LA LEY, 1997-D, 1272).

Así las cosas, no resulta posible identificar una causa fáctica común, toda vez al estar conculcado un derecho personalísimo como es el de la intimidad (v. considerando II.-), no es posible afirmar que el comportamiento que se imputa a la demandada haya afectado, de igual forma, a todos los sujetos que integran el colectivo que se pretende representar y, por lo tanto, no permite tener por corroborada, con una certeza mínima, la existencia de efectos comunes, conforme la doctrina senada en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111).

En efecto, no existe un mismo nexo causal que alcance a todo el grupo que se pretende representar, ya que de los datos solicitados (“i) CUIT; ii) Denominación o Razón Social; (iii) Número de cuenta y tipo de la misma; (iv) Domicilio real, legal y especial; (v) los autorizados para utilizar dichas cuentas”) no es posible presumir que cause el mismo agravio y afecte en iguales condiciones el derecho de la intimidad todos los miembros de la clase que se pretende representar.

De esta manera, también cabe respetar el derecho de defensa de todos los potenciales integrantes del sector, que pueden estar o no de acuerdo con el objeto del litigio o el modo en que se plantea (conf. Lorenzetti, ..., “Justicia...”, op. cit., p. 206).

Por todo ello, la mera invocación genérica de vulneración por el BCRA contra todos los compradores y/o vendedores de criptoactivos resulta insuficiente para establecer una causa fáctica común.

V.2.- Sentado ello, y aunque la solución arribada resulta suficiente para rechazar la legitimación colectiva invocada, cabe analizar si el actor preciso correctamente la identificación de la clase.

En este sentido, conviene recordar que el Sr. Castillejo Arias acciona por derecho propio y en representación de toda persona humana, como jurídica “que hayan usado sus cuentas bancarias para la compra [venta y/o tenencia] de criptoactivos” (v. fs. 2/13).

De esta manera, el actor pretende proteger en su demanda a todas las personas físicas y jurídicas que hayan adquirido directa o indirectamente criptoactivos. Por tal motivo, el universo de situaciones y supuestos comprendidos resulta excesivamente vasto y heterogéneo (Fallos: 338:40) existiendo una diferencia de supuestos entre los que fueron, son y resultaran tenedores, compradores y/o vendedores de criptoactivos, así como la multiplicidad de bancos privados de datos que son intermediarios.

Como consecuencia de ello, en el *sub judice*, al existir un universo tan vasto de sujetos existe una “variation”, es decir sujetos disímiles en su reclamo por tener distintas participaciones y calidades de criptoactivos diferentes (conf. Lorenzetti, “Justicia...”, op. cit., p. 187/188), lo cual dificulta delimitar la clase descripta.

En conclusión, el Sr. Castillejo Arias no definió de forma cierta, objetiva y fácilmente comprobable a la clase que pretende representar.

V.3.- A mayor abundamiento, es importante señalar que en lo que respecta a la acción de hábeas data, la información pertenece exclusivamente al interesado, ya que la intimidad le pertenece a un sujeto preciso y queda en él la reserva de sus derechos (conf. Gozafni, Osvaldo A., “Estudios de derechos procesal constitucional: lecciones de derecho procesal cons-

titucional”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Jusbaire, 2019, ps. 319/320).

Atento a ello, cabe concluir que el titular de los datos sería el único legitimado para interponer la presente acción (conf. Puccinelli, Oscar R. “Apuntes sobre el derecho, la acción y el proceso de hábeas data”, en AA.VV., “La ciencia del derecho procesal constitucional”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), T. II, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2009, ps. 61/62). Ello así, pues la tutela un derecho de corte personalismo, como lo es el derecho a la intimidad —dado el carácter personal de los datos—.

V.4.- A partir de todo lo expuesto, el Sr. Castillejo Arias no se encuentra legitimado activamente para representar al colectivo referido y, en consecuencia, únicamente se analizara la viabilidad de la acción incoada respecto de su propio derecho.

VI. A esta altura del relato, corresponde identificar el tratamiento que recibe la acción impetrada en nuestro ordenamiento jurídico.

VI.1.- En este sentido, el artículo 43, párrafo 3º de la Constitución Nacional establece que “[t]oda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística” (v. art. 43, párr. 3º de la CN).

Por otro lado, la Ley de Datos Personales (Nº 25.326) dispone, en lo que aquí importa, que: “[l]a acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo” (v. art. 37).

Ahora bien, al interpretar el alcance de tales normas se ha sostenido que “[d]espués de regular el amparo, el Art. 43 de la Constitución Nacional dispone que toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos. En la economía de la Constitución, pues, el hábeas data es una especie de amparo. Amparo especial que no se confunde con el género desde que tiene especificidad propia, por lo que no constituye acción subsidiaria de otras (...) la Corte Suprema ha establecido, finalmente, los rasgos de un hábeas data como garantía autónoma y peculiar, que no se identifica con el amparo” (conf. Gelli, María Angélica, “Constitución de...”, T. I, op. cit., ps. 828/829).

En igual sentido, se ha dicho que “[l]a ley de Protección de datos personales Nº 25.326; aporta la claridad necesaria al tema para interpretar que es una acción distinta del amparo común (...) De manera que es la ley la que, continuando lo establecido desde la constitución y la jurisprudencia toma a la garantía de hábeas data como ‘acción de amparo especial’, si quedaba alguna duda es despejada completamente por el artículo 37” (conf. Basterra, Marcela I., “Aspectos procesales y sustanciales del hábeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en la Ley Revista Jurídica Argentina, Vol.: 2005-B, Buenos Aires, LA LEY, 2005).

VI.2.- De esta manera, la acción de Hábeas Data resulta una acción autónoma y pecu-

liar, tramita según las disposiciones de la Ley Nº 25.326.

Ahora bien, la mencionada norma exige al suscripto a examinar, preliminarmente, si la acción de hábeas data instaurada, es o no manifiestamente admisible. Efectuado este análisis el magistrado debe rechazar *in limine* la acción o declararla admisible (arg. art. 39 de la Ley Nº 25.326 y Sagüés, Néstor Pedro, “Comprende de Derecho Procesal Constitucional”, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 643 y art. 39 de la Ley Nº 25.326).

VII. Expuesto lo anterior, y en lo que hace al estudio de la admisibilidad de la acción incoada.

VII.1.- A tal fin, vale señalar que la Ley Nº 25.326 establece el derecho de acceso, mediante el cual “[e]l titular de los datos, previa acreditación de su identidad tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes” (v. art. 14, inc. 1º de la Ley Nº 25.326).

Por su parte, el artículo 16 del citado plexo legal dispone que: “[e]l responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad. /// El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley” (v. art. 16, incs. 2 y 3 de la Ley Nº 25.326).

VII.2.- Al interpretar el alcance de tales normas, se ha afirmado que en ambos supuestos —artículos 14 y 16— la LPDP ha establecido, la obligatoriedad, como condición para poder entablar la acción de protección de datos personales, la instancia prejudicial (conf. Basterra, Marcela I., “Ley 25.326 de Hábeas Data o Protección de Datos”, en AA.VV., “Nuevos Derechos y Garantías”, Dalla Vía, Alberto y García Lema, Alberto (Dirs.); T. II, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 373/375).

De lo expuesto, resulta que para que la vía judicial sea procedente, tiene que existir una negativa, expresa o implícita, del responsable de los datos, el cual solo se puede producir al realizarse por parte del titular de los datos el reclamo correspondiente.

VII.3.- En este punto del relato, corresponde verificar si el accionante dio cumplimiento al requisito del reclamo previsto en la norma.

Al respecto, es menester señalar que de la documentación acompañada y de la compuls de la causa, no se desprende que el accionante haya cumplido con la obligatoriedad del “ejercicio del derecho de acceso previo”, razón por la cual en el *sub examine* no se encuentran reunidos los presupuestos exigidos por la norma para la procedencia de la presente acción (arg. arts. 14, 16 y 39 de la Ley Nº 25.326).

Por lo expuesto, corresponde rechazar *in limine* la acción de hábeas data intentada.

En consecuencia, por las consideraciones precedentes, se resuelve: rechazar *in limine* la acción de hábeas data intentada. Regístrese, notifíquese y, oportunamente archívese. — *Walter Lara Correa*.

Doctrina

La participación indígena: El derecho a la consulta y al consentimiento El jurado indígena



Iríde Isabel M. Grillo

Abogada, egresada de la Universidad Nacional del Nordeste. Ocupa el cargo de Jueza del Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial de la Provincia del Chaco. Actualmente, ejerce la presidencia de la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste.

SUMARIO: I. Los desafíos de nuestro tiempo. La legitimidad como principio conciliatorio entre naturaleza y convenciones. El valor del tiempo.— II. El rol de las instituciones para el fortalecimiento de la legitimidad.— III. El juicio por jurados en la Provincia del Chaco, ley 2364-B (Juicio penal por jurados) y ley 3325-B (Juicios civiles y comerciales por jurados).— IV. Capacitaciones tendientes a la instancia de información del jurado indígena.— V. Oficinas judiciales.— VI. Consulta previa, libre e informada.— VII. Protocolo facultativo de consulta previa, libre e informada.— VIII. Actualización del padrón indígena.— IX. Rol del Poder Judicial del Chaco para garantizar acceso a justicia y a la justicia.— X. Rol de la Cátedra Libre de Derecho Indígena “Ricardo Altabe” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E.— XI. Reflexiones finales. Conclusiones.

“La tierra es nuestro cuerpo y el agua es nuestra sangre”

Mirta Coronel. Comunidad Rincón del Saladillo. Pueblo indígena, Vilela

I. Los desafíos de nuestro tiempo. La legitimidad como principio conciliatorio entre naturaleza y convenciones. El valor del tiempo

En este tiempo social de la justicia, en este tiempo nuestro en pandemia, la participación ciudadana es sin duda tanto en tiempos normales como en tiempos de emergencia, una herramienta idónea, para reformular nuevos tipos de relaciones de poder más abiertos, horizontales y circulares en todas las instancias de nuestra vida social.

Recordemos que la civilización griega asigna dos sentidos referirse al tiempo, el cronos y el kairós. Cronos alude al tiempo cronometrado de días, horas, minutos y segundos, es el tiempo biológico, calendario, finito. El Kairós es el tiempo trascendente, el lapso indeterminado en que algo importante sucede o puede suceder, es el tiempo que trasciende y deja huellas que solo con el paso del tiempo cronológico puede valorarse y dimensionarse en su real magnitud.

A estas miradas del tiempo corresponde agregar el tiempo indígena, que es un tiempo abierto, circular y en espiral, porque tiene un inicio y luego se desenvuelve sin límites hacia el infinito y que solo puede comprenderse y luego interpretarse sin con sentido de pertenencia nos sentimos parte de él y de la cosmovisión de los pueblos y naciones indígenas.

En este tiempo de debilitamiento de la legitimidad de las instituciones, es necesario fortalecerlas restableciendo la confianza, partiendo como presupuestos de la verdad y la justicia para construir los necesarios consensos desde las legítimas diferencias y conflictos, para el logro de resultados eficaces y eficientes.

II. El rol de las instituciones para el fortalecimiento de la legitimidad

Como parte de los elementos que interactúan en el escenario en que desarrollan los elementos naturales y convencionales de la cosmovisión aludida, las instituciones cumplen un rol fundamental, las que desde una perspectiva sociológica pueden ser concebidas a partir de tres visiones: a) Pautas de conductas que describen lo que se considera adecuado, oportuno y legítimo en el ámbito de las relaciones sociales. Estas pautas normativas se traducen en reglas convenidas de conductas, a través de leyes, costumbres, usos y hábitos. b) Grupos u organizaciones que se conforman a partir del entramado de relaciones sociales, y que se integran con personas, bienes, organización y rituales, roles, funciones. Y, c) Órdenes o sistemas normativos: Que se configuran a partir de la interacción de las pautas de conductas y grupos que se interrelacionan y están vinculados a los grandes temas que componen los proyectos de vida individuales y colectivos de las sociedades, en suma los consensos que constituyen la unidad coherente de las coincidencias trascendentales. Tales son los conocimientos y la educación, lo constitucional y convencional, la política y el gobierno, la salud, la seguridad, la economía, la justicia, etc.

Una de esas instituciones puede ser el juicio por jurados y singularmente en la provincia del Chaco a la que pertenezco, el jurado indígena. Si bien esta garantía política y judicial hasta el momento no puede aplicarse estamos en vías de que así sea y a través de la figura de jueces legos, tal vez impensado en los tiempos de la reforma constitucional de 1994 cuando nuestros dirigentes indígenas, llamados “convencionales de pasillos”, lucharon por la incorporación de derechos en la Constitución Nacional (CN).

En el presente trabajo, con mirada crítica y testimonial compartiré las vivencias a partir de la sanción por la Legislatura de la ley 2364-B (antes ley 7661), que instaura los juicios penales por jurados, en cumplimiento de los arts. 5º, 24, 75, inc. 12), 118, 122, 123 y 126 de la Constitución Nacional (1853-1994).

Plantearé algunas reflexiones tendientes a continuar instalando el tema como le venimos haciendo en estos años a través de nuestra Cátedra Libre de Derecho Indígena “Ricardo Altabe” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E., respecto al derecho a la participación indígena, a la consulta y al consentimiento, con rango constitucional y convencional supremos.

Es necesario diferenciar las instancias de participación, consulta y consentimiento, se trata de derechos de los pueblos y naciones indígenas y de deberes de las autoridades garantizar su cumplimiento con las consiguientes responsabilidades internas, jurídicas y políticas y también internacionales para el Estado.

Cabe destacar que este derecho, presupuesto del ejercicio de otros tantos previstos en el orden constitucional y convencional supremos, con fuerza normativas y operatividad está expresamente previsto en el art. 75, inc. 17 de la CN, entre las atribuciones del Congreso reconoce cuando la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y asegura

su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Aludiendo también a ellos como atribuciones concurrentes de las provincias. Asimismo, y sin pretender agotar la totalidad de la normativa convencional sobre el tema, es conveniente hacer mención, entre otros al art. 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, arts. 5º, 18, 19 y conchs. de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (13 de septiembre de 2007); art. XXIII de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y art. 37 de la Constitución de la Provincia del Chaco.

Enseñan María Micaela Gomiz y Juan Manuel Salgado que: “si bien el texto constitucional argentino establece como directiva genérica la “participación” de los pueblos indígenas “en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten” (art. 75, inc. 17), el Convenio 169 y la Declaración, así como los órganos de la O.I.T., utilizan precisiones que implican cierta distinción entre los conceptos, estrechamente relacionados, de “consulta” y “participación”.

Toda consulta es una especie dentro del género participación y constituye el umbral participativo mínimo del Convenio, que deberá implementarse por toda agencia estatal cuando en su ámbito prevea medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Ello implica que se trata de un procedimiento que si bien requiere formalización y transparencia, puede tener carácter discontinuo en la medida en que se establece con la finalidad de conducir una decisión determinada y concluye una vez adoptada esta. Las distintas agencias o reparticiones estatales ejercen competencias muy variadas, y solo en los casos en que este ejercicio pueda afectar directamente a los pueblos indígenas, lo que tal vez no suceda a menudo, se encuentran obligadas a poner en práctica la consulta” (1).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GOMIZ, M.M. y SALGADO, J.M., “Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas, su aplicación en el derecho interno argentino”, Ed. Observatorio de derechos humanos de

pueblos indígenas (ODHI), Neuquén, 2010, 2ª ed., 408 p. <https://fislem.org/wp-content/uploads/2019/06/Libro-Convenio-169-de-la-O.I.T.pdf>

Doctrina

Recurso de inconstitucionalidad provincial vs. Recurso extraordinario federal

Reenvío negativo vs. Asunción positiva

Andrés O. Hadad

Situación jurídica subjetiva de los participantes en los concursos para la cobertura de cargos vacantes en la Administración Pública de la Provincia del Chaco

Leandro Nabil Zahra

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA Nº 10269F1

A su vez, Eduardo Raúl Hualpa señala, en cuanto al contenido del derecho a la participación está integrado por:

“a) el derecho a la información y consulta: que debe ser amplia, previa, obligatoria, de buena fe, con libre expresión de los pueblos indígenas y con respeto a sus instituciones y prácticas ancestrales; b) el derecho a impedir la realización de cualquier iniciativa que no haya sido precedida de esa información y consulta: asignándole a esta última, el carácter de dictamen *sui generis* obligatorio cuya ausencia determina que las decisiones que se dicten sean insanablemente nulas; c) el derecho a obtener beneficios económicos en caso de que ello resulte de la explotación de recursos naturales, o de otras actividades turísticas, rurales, industriales o de cualquier otra índole; y d) el derecho a controlar la ejecución, implementación y evaluación de las actividades desplegadas y que puedan afectar sus intereses: Lo que se traduce en una consulta permanente, a lo largo de todas las etapas, para lo cual deben proporcionarse los medios económicos necesarios para que dicho control sea efectivo” (Chiacchiera Castro, 2009, p. 65) (2).

¿Qué significa, consulta y consentimiento? ¿Cómo debe hacerse? Sin duda a través de procedimientos legítimos y e idóneos, de manera previa, libre e informada, de buena fe, sin coerciones ni intimidaciones ni manipulaciones, sin apuros, sin presión social exterior, respetándose los tiempos indígenas en los procesos de consultas y consentimientos, precedidos de una necesaria instancia de información respecto a su oportunidad, necesidad, conveniencia, alcances, mecanismos de acceso en términos de una real accesibilidad, tanto en la instancia de información como de consulta y consentimiento. Deben expresarse respecto de los canales de acceso a los datos, su difusión en términos comunitarios y posterior expresión a través de organizaciones representativas legitimadas para por ellos mismos, asegurando equilibrio de género, edad, etc. Además la información debe ser veraz, genuina, comprensible, de buena fe, a través de un diálogo de respeto recíproco y equitativo.

Es necesario garantizar que ante de la toma de decisiones, luego en la instancia en su ejecución y finalmente en la etapa de control, la participación indígena a través de sus referentes y sus organizaciones sociales a los fines de asegurar la legitimidad en las cuestiones que les conciernen.

Para eso debe comprenderse que por expreso mandato constitucional y convencional supremos debe reconocerse la relación política entre los pueblos y naciones Indígenas preexistentes a la Nación Argentina y el Estado nacional, las provincias y los municipios, como verdaderos sujetos de derechos y la eficacia de sus derechos humanos como criterio de legitimidad de los poderes públicos. Es decir derechos humanos garantizados a cada persona humana indígena y a cada pueblo indígena como colectivo, desarrollándose el llamado Derecho Constitucional Indígena.

En suma, en búsqueda de la legitimidad como principio conciliatorio entre naturaleza y convención, el jurado indígena puede ser una herramienta idónea de acceso a justicia, respetando los tiempos cronológicos, en tiempos trascendentes del kairós y garantizando el tiempo indígena.

III. El juicio por jurados en la Provincia del Chaco, ley 2364-B (Juicio penal por jurados) y ley 3325-B (Juicios civiles y comerciales por jurados)

La ley 2364-B —juicio penal por jurados— fue publicada en el Boletín Oficial N° 9839, de fecha 16 de septiembre de 2015 con el número 7661, anterior al Digesto Jurídico de la Provincia

del Chaco. La competencia fijada por dicha ley en su art. 2° concurrirá en los delitos que tengan prevista en el Código Penal la pena de reclusión o prisión perpetua, los contemplados en los arts. 79, 81 y 165 del Código Penal de la Nación y los previstos en el art. 119, tercer y cuarto párrafos y art. 125, segundo y tercer párrafos del Código Penal de la Nación. Asimismo, la norma prevé en su art. 3° que el jurado estará integrado por doce miembros titulares y, como mínimo, por dos suplentes y será dirigido por un solo juez penal, el cual podrá ordenar que haya más suplentes de acuerdo con la gravedad y/o complejidad del caso. Y una de las particularidades que establece la ley chaqueña, es que el panel de jurados titulares y suplentes deberá estar siempre integrado por mujeres y hombres en partes iguales. Además, la integración parcial del jurado con pueblos indígenas, cuando el acusado pertenezca a los pueblos Qom, Wichi o Mocoví, la mitad del jurado de doce miembros estará integrado obligatoriamente por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia (art. 4°).

Sobre las funciones el jurado y la magistratura, la normativa dispone que el primero delibera sobre la prueba y determina la culpabilidad o la no culpabilidad del acusado en relación con el hecho o los hechos y al delito o grado de este por el cual este debe responder (art. 6°).

Para que el jurado pueda desempeñar y llevar a cabo esta función, los miembros deben ser obligatoriamente instruidos sobre el derecho sustantivo aplicable por el magistrado que preside el proceso acerca del delito principal imputado y de los delitos menores incluidos en él.

En cuanto a la lista anual de jurados, la normativa establece que será confeccionada por el Ministerio de Justicia de la Provincia a través de un sorteo en audiencia pública efectuado en la Lotería del Chaco y utilizando el padrón electoral vigente, los listados principales de ciudadanos que cumplen con los requisitos establecidos en esta ley, discriminados por distrito judicial y por sexo, a razón de un jurado por cada mil electores masculinos y femeninos empadronados en el registro general actualizado.

También sorteará las listas de los ciudadanos, discriminados por sexo y separadas por su pertenencia a los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví, respectivamente, cuyos miembros cumplan con los requisitos legales y por cada circunscripción judicial, que serán extraídas por sorteo de los padrones oficiales confeccionados y actualizados por el Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH). Cada una de las listas de ciudadanos de los pueblos indígenas no será inferior a las trescientas personas, concluye el art. 16.

Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dictado el fallo en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” del 08/03/2018, aludiendo al juicio por jurados sostuvo que responde a los estándares convencionales y a las legislaciones americanas que han legislado sobre esta forma de resolver los conflictos penales en un juicio; esto es, que ya no sea resuelto por un juez técnico sino por miembros del pueblo conformando un jurado de personas sin conocimientos técnicos. Este decisorio ha convalidado toda la legislación americana que prevé el jurado popular, destacándose especialmente a la Ley de Juicio por Jurados de la Provincia del Chaco.

La primera experiencia de aplicación de esta normativa fue el 07/08/2019 en que se realizó el primer sorteo de jurados, luego del cual se concretó una reunión de trabajo con los pueblos indígenas tendiente a la implementación del jurado indígena. Es conveniente tener presente que su implementación requiere de un proceso de consulta previa, libre e informada con los pueblos Qom, Wichi y Mocoví, a fin de obtener el necesario consentimiento establecido en el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas tribales en países independientes, aprobado por ley 24.071, (arts. 6°, 7°, 15 y concs.), de la Declaración de las Naciones

Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del 13/09/2007 (arts. 19 y concs.) y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 15 de junio de 2016, (arts. XXIII y concs.)

De la reunión de trabajo participaron las máximas autoridades judiciales de la Provincia, el subsecretario de DDHH, integrantes de la Cátedra Libre de Derecho Constitucional Indígena “Ricardo Altabe” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E. Por los pueblos indígenas, participaron líderes de cada uno de los pueblos: Elizabeth González (Qom), quien coordinó la reunión, Egidio García (líder Qom, diputado e integrante del Comité contra la Tortura del Chaco); Lecko Zamora (Wichi), Florencio Ruiz (Moqoit) cuyos testimonios dan cuenta de los avances de ser protagonistas del sistema de administración de justicia.

Fueron parte especialistas de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (Andrés Harfuch) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Aldana Romano y Víctor Del Río) y las profesoras de Estados Unidos, Shari Diamond (Chicago, *Northwestern University*) y Valerie Hans (Nueva York, *Cornell University*).

Con posterioridad, se aprobó la ley 3325-B, de juicios civiles y comerciales por jurados del pueblo de la provincia del Chaco; en el boletín oficial 10.621, de fecha 03/02/2021, previendo también el jurado indígena. Que transcripto en sus artículos destacados se encuentran los arts. 7° y 8°, los cuales se transcriben a continuación:

Art. 7°: Integración del jurado con pueblos indígenas. Cuando se juzgue un hecho en el que una de las partes pertenezca al pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia. Cuando se juzgue un hecho en el que ambas partes pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en su totalidad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.

Art. 8°: intérpretes. Cuando se juzgue un hecho en el que una de las partes o miembro del jurado pertenezca al pueblo indígena Qom, Wichi, Mocoví o una persona con discapacidad, se dispondrá la participación obligatoria de traductores o intérpretes según corresponda.

Uno de los estándares de la consulta es que debe adecuarse a las circunstancias de los pueblos y naciones indígenas, por ello en uno de los salones de la Casa de las Culturas de la Ciudad de Resistencia se conformó una reunión de tipo circular para presentarse y trabajar en el objetivo de la convocatoria, se intercambiaron opiniones y conocimientos sobre la inminente implementación de la integración de jurados con indígenas, y elevaron sus voces, planteando sus expectativas e inquietudes y la necesidad de crear un Consejo Asesor Indígena para la mejor implementación del juicio por jurados. Este Consejo se concretó en el Centro de Estudios Judiciales, Poder Judicial del Chaco, con la declaración de los Pueblos Indígenas del Chaco que en el marco del Derecho Colectivo que los asiste como pueblos, se reunieron el día 02/02/2019 en asamblea permanente conformando el Consejo Nataxalapi, Qom, Wichi, Mocoví y dejaron constituida la organización que los representará para garantizar los derechos, que la legislación nacional e internacional les reconoce como comunidad originaria de este territorio, entre ellos el derecho a la participación, consulta previa y consentimiento respecto de la implementación del Jurado Indígena.

IV. Capacitaciones tendientes a la instancia de información del jurado indígena

Valiosa experiencia en materia de participación ciudadana fue la apertura de instancias de

información y capacitación tendientes a la formación de este jurado indígena.

Un gran desafío multidisciplinario llevado a cabo en la Provincia en los meses de agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2019. Las capacitaciones fueron instrumentalizadas a través de siete charlas informativas con pueblos indígenas del Chaco sobre la ley de juicios por jurados donde participaron en total 397 asistentes. Fueron organizadas desde el Centro de Estudios Judiciales, la cátedra libre de Derecho Constitucional Indígena “Ricardo Altabe” de la U.N.N.E. en localidades como: Colonia El Pastoril; Colonia Aborigen; La Leonesa; Barrio Toba de Resistencia; Pampa del Indio y Juan José Castelli y Sáenz Peña. Estas actividades tuvieron como objetivo informar sobre la ley de juicio por jurados, y en especial sobre la participación de jurados provenientes de los pueblos indígenas.

Cabe destacar que el Poder Judicial del Chaco, desde el año 2014 realiza un trabajo concreto, paciente y perseverante de apertura, participación y aprendizaje en territorios indígenas y en los pueblos indígenas.

Esta integración y apertura ha sido puesta de manifiesto en diferentes encuentros y jornadas, de las que el poder judicial no solamente abrió sus puertas e instalaciones edilicias, sino también estuvo presente para escuchar y participar. Una de las mayores convocatorias fue el IV Encuentro de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, que fue organizado por la JUM Junta Unida de Misiones, en la Ciudad de Castelli, Provincia de Chaco en octubre de 2019.

V. Oficinas judiciales

La jornada que se concretó en el edificio de Tribunales de la VI Circunscripción Judicial, contó con el apoyo de la Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho Indígena —AADI— y el Colegio de Abogados del Norte Chaqueño, Redaf (Red Agroforestal Chaco Argentino), INCUPO (Instituto de Cultura Popular), CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) entre otras instituciones. Durante los dos días, las conferencias giraron en torno a los pueblos indígenas y el proceso penal; El derecho de los pueblos indígenas en el contexto nacional y provincial; diversidad cultural y juicios por jurado; Informe sobre la situación de DD.HH., en Argentina; situación de las mujeres indígenas del Gran Chaco Argentino en relación con el acceso a la tierra, territorio y agua.

La importancia de este tipo de encuentros radica en la necesidad de acercamiento de las instituciones a los pueblos indígenas, especialmente en referencia al acceso a justicia. La mayor problemática suscitada, y que se pone de manifiesto en cada experiencia vivida, es que la mayoría tiene conocimiento de sus derechos, pero que el mayor conflicto radica en el acceso a la realización de tales derechos.

Se ha realizado en la Provincia, el simulacro de juicio por jurados indígenas experiencia que fue relevante no solamente por la convocatoria sino por la manera en que se desarrolló, evidenciando este camino un paso en la garantía a la tutela judicial efectiva. El simulacro fue desarrollado tanto en lengua Qom como Wichi y con intérpretes para definir las instrucciones al jurado. Fue la primera vez que se realizaba un simulacro con integrantes indígenas, tal como prevé la Ley de Jurados del Chaco, como ejemplo internacional.

Asistieron representantes Aymarás de Bolivia, Mapuches del Sur y Guaraníes de Misiones. El veredicto terminó con un no culpable, pero el resultado fue lo de menos. Esta significativa experiencia puso de manifiesto la necesidad que existía de su implementación.

VI. Consulta previa, libre e informada

El art.4° de la ley provincial establece que cuando se juzgue un hecho en el que el acusado y la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena

(2) CHIACCHIERA CASTRO, P.R., “La cuestión indígena: análisis de la jurisprudencia de la CS”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009, 1ª ed., p. 169.

(Qom, Wichi o Moqoit), el panel de doce jurados titulares y los dos suplentes, estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.

Sin embargo, el art. 95 señala que entrará en vigencia Qom, Wichi y Moqoit en las condiciones previstas en el art. 6º, inc. 1º “a” e inc. 2º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y en el art. 75, inc. 22 de la CN.

Conforme a lo previsto en la ley provincial, se establecieron mesas de trabajo con el fin de coordinar la metodología a implementar para la consulta previa a los pueblos indígenas en los juicios por jurado. Se avanzó durante octubre de 2019 y continuando la labor en febrero de 2020 en el proyecto de protocolo de implementación de juicio por jurados indígena, siempre con participación no solamente de los pueblos, sino también de los tres Poderes del Estado e instituciones como la Facultad de Derecho de la UNNE, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

Los Pueblos Indígenas de la Provincia realizaron un Protocolo a través de la Cátedra de Derecho Indígena de la U.N.N.E., a los fines de llevar adelante la consulta previa e informada que requiere la implementación de la ley del Chaco en cuanto al Juicio por Jurado Indígena. Una comisión de juicio por jurado de los pueblos indígenas trabaja en el protocolo facultativo, el que será sometido a consulta de los pueblos, y que tiene por objetivo fijar los lineamientos que deberán seguir en los casos que se debatan delitos que tengan como autor a un integrante de la comunidad indígena.

El avance hacia la efectivización de esta ley siguió con reuniones tendientes a fortalecer dicho espacio desde los tres poderes del estado provincial junto a los representantes del IDACH y de la U.N.N.E. Estas instancias tienden a lograr los consensos con la participación genuina y legítima de los pueblos indígenas. Las mesas de diálogo y de trabajo representan nuevos pasos que damos, sin cansarnos, avanzando con el compromiso de la efectiva participación de la ciudadanía en la realización plena de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

Resulta necesaria la coordinación para trabajar juntos respetando las independencias, pero logrando estos consensos, y no como el resultado de luchas y conflictos, sino fortaleciendo esos espacios de pacificación tan necesarios.

También se acordó concretar en la Provincia, con una serie de 16 foros que se celebrarán en todo el territorio, para la conformación del protocolo de esta herramienta. Y a los fines de sentar las bases sobre cómo será el protocolo para acordar la consulta previa para los jurados de los pueblos originarios. Los foros están destinados a llegar a un consenso entre el Estado y los pueblos originarios sobre cómo deben ser llevados adelante los Juicios por Jurados Indígenas. Los temas para tratar en estos foros son el contenido de la ley de Juicio por Jurados, la participación efectiva de los pueblos, y los requisitos para formar parte. Se planteó también la necesidad de la traducción de la ley y un instructivo, en las lenguas Qom, Moqoit y Wichi. Avanzar con dicho protocolo (que se procura de manera consensuada y democrática, escuchando todas las voces y haciéndolas partícipes) significa la efectiva implementación de esta ley, que pone a la Provincia del Chaco, juntamente con la Provincia del Neuquén, en las dos únicas en el mundo en reconocer la integración parcial con indígenas a partir de una representación proporcional en la conformación de un jurado popular.

La consulta no solo tiene relevancia democrática, sino trascendencia jurídica. Así el Convenio 169 de la OIT y las declaraciones citadas establecen el derecho a la participación, y si bien antes de la sanción de la ley provincial se hicieron consultas parciales y hubo representación de

un diputado indígena en la legislatura, no existió una decisión política de las autoridades constituidas locales (legislativa y ejecutiva de realizar la consulta de manera previa al dictado de la norma, sino recién antes de su implementación), lo que debe cumplirse, y en esa instancia estamos con compromiso y responsabilidad.

Los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, en cumplimiento de mandatos constitucionales y convencionales, cuyos incumplimientos pueden derivar en responsabilidades internas e internacionales, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Tales consultas deben efectuarse de buena fe, generándose instancias y vínculos de confianza, de manera previa, adecuada, accesible y apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Debe ser informada, en este escenario nos encontramos particularmente ahora, no se trata de validar decisiones ya adoptadas sino de la información idónea previa a la deliberación oportuna. Y debe realizarse a través de las instituciones representativas indígenas. Lo importante es que se adecue a las características de cada pueblo, sus costumbres y tradiciones, y a los métodos propios para la toma de decisiones, garantizando la representatividad. De manera pública y transparente. Libre, con ausencia de todo tipo de coerción o intimidación o manipulación, tendiente a desnaturalizar la real voluntad de los pueblos, es sin duda una voluntad de tipo política. Se trata la consulta de un tipo de participación que debe ser organizada por los propios pueblos y el rol de las autoridades es acompañarlas y facilitar los mecanismos y medios necesarios a tal fin.

Podemos hoy hablar del juicio por jurados indígenas recordando la función que ejercían los consejos de sabios y ancianos (y que aún hoy cumplen) cuando debían intervenir en situaciones de conflictos (casos de problemas familiares, territoriales o hasta situaciones graves) nuestros pueblos indígenas. Pero debemos ser conscientes del gran avasallamiento que existió y que hoy sigue en nuestro tiempo cronológico expresándose en hechos y situaciones que debemos visibilizar y corregir como expresión de violación de DD.HH., en democracia y que debe ser parte de nuestra identidad como contenido del “Nunca Más”.

Cabe agregar, que en la Legislatura de la Provincia del Chaco, han sido presentados proyectos de leyes: Ley 3100-W de censo provincial de pueblos originarios, publicada en Boletín N° 10.461 de fecha 20 de diciembre de 2019 y ley 3244-W, que establece la capacitación obligatoria en derecho indígena y políticas antidiscriminatorias en favor de los pueblos originarios, a todos los funcionarios públicos de la provincia, publicada en el Boletín Oficial N° 10.607 de fecha 30 de diciembre de 2020.

VII. Protocolo facultativo de consulta previa, libre e informada

Finalmente, y luego de este camino abierto, horizontal, en espiral y plural, como resultado de la serie de reuniones de trabajo llevadas a cabo en noviembre de 2019, se concretó el Protocolo Facultativo de consulta previa libre e informada para permitir la aplicación del art. 4º de la ley que analizamos.

En ese contexto, la consulta se enmarca en la siguiente normativa argentina: herramientas jurídicas de jerarquía supra legal vigentes (art. 75, inc. 22, CN), como el Convenio 169 de la OIT, ratificado por nuestro país por la ley 24.071, La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, La Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el art. 75. inc. 17 de la Constitución Nacional y el art. 37 de la Constitución de la Provincia del Chaco en relación con los Derechos de los Pue-

blos Indígenas, sus organizaciones territoriales y comunidades, toda vez que proyectos o acciones de cualquier tipo, tanto de naturaleza pública como privada, afecte o modifique derechos, esta consulta es indispensable para construir políticas de Estado más incluyentes y menos homogeneizantes.

De este se desprendió la primera observación: Analizada la realidad de la situación de identificación y documentación de las personas indígenas en la Provincia del Chaco, se advierte la necesidad de realizar un Censo de Pueblos Indígenas, lo que no impide que se realice la consulta a las organizaciones representativas de la población indígena en la Provincia.

Este Protocolo fija equipos de ejecución de consulta del juicio por jurados, conformado por ministros de Gobierno, Secretaría de Derechos Humanos, Comisiones, Cátedras de Derecho Procesal Penal y de Litigación por jurados, Cátedra Libre de Derecho Constitucional Indígena “Ricardo Altabe”, Instituto del Aborigen Chaqueño. Y Organizaciones no gubernamentales: a) INCUPO; b) JUM; c) ENDEPA; d) AAEDEPI. Se conforma además con: Subsecretaría de Interculturalidad.

En lo atinente al Poder Judicial del Chaco, prevé la conformación de equipos mediante: La coordinación de enlace, Oficina de Juicio por Jurados, Centro de Estudios Judiciales, etc.

El Protocolo prevé que estos equipos se conformen con: Consejo Nataxalá’Pi, Vocales del IDACH, Dirección de Cine y Espacios Audiovisuales del Chaco (DCEA), Consejo de Ancianos, Legisladores mandatos cumplidos. (Egidio García, Inocencia Charole, González Claudia), Legisladores Indígenas (Andrea Charole), Comité de Prevención Contra la Tortura Chaco - Área Pueblos Indígenas, Coordinación de Pueblos Indígenas del Poder Judicial, Comisión de Derechos de la Cámara de Diputados, Consejo de Participación Indígena (CPI), Consejo Comunitario del Barrio Toba “Noolgaganaq’Pi, entre otros, entidades elegidas por los referentes indígenas, espacio abierto que seguirá consolidándose.

A los fines de programar actividades, se establece que cada cronograma deberá precisar como mínimo: a) El tiempo a que se destinará a: 1) difusión de la información necesaria; 2) debate de las propuestas relativas a cada una de las áreas temáticas; y 3) consensos y manifestación de decisiones indígenas a las autoridades; b) Los ejes principales de debates para cada área temática; c) Los resultados que se esperan en relación con cada uno de los temas; d) La metodología prevista para el debate (conformación de grupos, tiempos máximos de intervención por participantes); e) Modos de producción de consensos; f) Producciones orales y/o escritas que se esperan, y valor jurídico que se le otorgará a los fines de establecer la normativa de juicio por jurados indígenas.

El Protocolo regula la conformación de foros departamentales. Estos estarán compuestos por comunidades organizadas tales como: Asociaciones, Iglesias, ONGs; comisiones de fomento, deportes, centros culturales, Institutos de Educación Superior (CIFMA, CEREC “El Colchón”, El Consejo Qompi (Lqataxac Nam Qompi), Ralaxaia Nmeenaxana), y las organizaciones que se sumen en el proceso de convocatoria. Establece el ámbito geográfico donde se llevarán a cabo los Foros, como así también el contenido temático. Respecto de lo último, es de destacar que los mismos refieren al contenido de la Ley Juicio Penal por Jurado, a la Integración Pueblos Indígenas a los requisitos y condiciones para ser jurado, edad máxima de 65 años estipulada por la ley para ser jurado que es cuestionada por los referentes, así como lo referido a que el jurado se integre solo si el acusado y víctima pertenezcan al mismo pueblo y con solo la mitad de sus integrantes, lo que no estaba así previsto en el proyecto originariamente presentado a la Legislatura por el Poder Ejecutivo. De allí que se esté analizando por parte de los pueblos la conveniencia de elevar una reforma legislativa pre-

via sobre dichas cuestiones u otras que se planteen, lo que deviene sumamente razonable y una manera de retrotraer a una consulta previa de la ley como debió hacerse primigeniamente.

Se dispone además en el punto específico de la consulta, que la finalidad es llevar a cabo un proceso de sensibilización, debate y consulta a nivel provincial con la participación de los líderes de pueblos indígenas, que permita alcanzar el objetivo propuesto que es la elaboración de un documento final, documento acta.

Se ha consensuado que la consulta debe estar regida por los siguientes principios: Legalidad, libertad, oportunidad, representatividad, inclusividad, presunción de identidad, participación, recursos de igualdad de oportunidades, interculturalidad, buena fe, transparencia, flexibilidad, accesibilidad, igualdad y no discriminación, información oportuna, información exhaustiva, plazo razonable, representatividad de instituciones de pueblos originarios generar los espacios que faciliten el intercambio de diferentes abordajes y manera de pensar, teórica y políticamente, “el estado intercultural” entre los representantes de los pueblos originarios y representantes del Gobierno provincial (miembros de los ministerios y organismos relacionados con los derechos que demandan los pueblos originarios), así como con ONG y otras instituciones que desarrollan tareas en los territorios de Pueblos Indígenas o promueven el estudio y la investigación sobre estas temáticas.

Como resultado de la consulta se busca implementar de la mejor manera un Censo de Pueblos Indígenas y la designación de quienes van a operativizar dicho censo en cada departamento. Se prevén actividades preparatorias consistentes en reproducción de material documental de base para los debates del foro provincial, cursar invitaciones a los participantes, elaboración de las notas de invitación anexando el documento técnico de la comisión de trabajo, cursar Información (previa a reuniones), radiodifusión, folletería, trípticos, publicidad por radio y televisión, redes sociales, traductores (1 por Pueblo), convocar a Expertos Jurídicos, realizar simulacros” o “representaciones” o “juego de roles”, entre otros.

La importancia y la finalidad de la consulta reside en que los tres pueblos de la Provincia puedan manifestar si prestan consenso acerca de la aplicación de esta cláusula de constitución del jurado, representa una investigación de las condiciones, a fin de que los pueblos presten su conformidad con esta forma de constituir los jurados.

La implementación del Juicio por Jurados tuvo una respuesta altamente positiva por parte de la sociedad, se ha realizado un seguimiento mediante encuestas, entrevistas y observaciones que indicaron que realmente la experiencia de los jurados fue muy buena, las personas estaban muy conformes con haber participado.

VIII. Actualización del padrón indígena

Como se expresó en párrafos anteriores, una de las cuestiones a resolver era la referida a la actualización del padrón indígena. La implementación de los foros que señaláramos tiene por finalidad el avance sobre este punto también y que la participación resulte extensiva y alcance a todos. En este punto, los foros fueron relevantes en distintos lugares geográficos, elegidos estratégicamente basados en la población indígena de cada lugar que acordaron los referentes.

Es importante resaltar que en el Padrón Electoral a cargo del Idach que utilizan los pueblos a la hora de realizar las elecciones de sus autoridades se encuentra desactualizado por lo que la realización y el diseño de dichos foros resulta imprescindible en este punto.

IX. Rol del Poder Judicial del Chaco para garantizar acceso a justicia y a la justicia

El Poder Judicial de la Provincia del Chaco es pionero e innovador al incorporar la figura

de la Coordinación Integral de las Actividades Judiciales con los Pueblos Indígenas en el año 2014, luego en el año 2018 dicta la res. 762/18 en la cual designaba a la lideresa Elizabet González como agente oficial, quien ya venía desempeñándose al frente de la Coordinación Integral de las actividades Judiciales con los pueblos Indígenas de la Provincia.

La coordinación tiene como función primordial acercar a los integrantes de los Pueblos Indígenas hacia el acceso a la Justicia. Este acceso se da de manera tal, que los hermanos de los tres pueblos indígenas (Qom, Wichi y Moqoit) puedan realizar sus demandas y reclamar sus derechos ante los estrados civiles, penales, laborales, juzgados de Paz, realizar denuncias, estar en procesos penales como víctima o victimario y todo lo que atañe en el ámbito judicial. Este acompañamiento se da con la asistencia de peritos traductores e intérpretes de las tres lenguas, de esta manera los miembros de los pueblos indígenas sienten la confianza de que van a poder realizar sus denuncias, dar testimonios, brindar declaraciones, en su lengua materna, como así también comprender todo lo que desde los estrados judiciales quieran transmitirles por medio de los peritos traductores e intérpretes.

Es importante resaltar el rol que cumple la coordinación en el ámbito del Poder Judicial y de la fuerza que le da al acceso a la justicia a los pueblos indígenas. Si bien se encuentra en la órbita del Poder Judicial, muchas veces las demandas escapan al ámbito judicial y se traslada a lo extrajudicial. Desde la coordinación se tiene como

concepto al acceso a la justicia de todas las demandas que se presenten, porque muchas veces las voces de algunos integrantes de los pueblos indígenas no son escuchadas en otras dependencias, por discriminación, o la dificultad que existe con la barrera idiomática. Estos reclamos que muchas veces desde la coordinación se acompaña a los integrantes de los pueblos indígenas, se realiza de manera interinstitucional articulando con organismos del ejecutivo (Ministerio de Salud, Ministerio de Educación), ONGs, Asociaciones y ante otras instituciones responsables en satisfacer o dar respuesta a las demandas que se presentan en el momento, porque todas las demandas deben ser justiciables.

En síntesis particularmente el Poder Judicial como última novedad implementó el juicio por jurados populares, esto no podía estar ajeno a la temática indígena y está trabajando coordinadamente a través del Centro de Estudios Judiciales con órganos del Poder Ejecutivo, líderes de los Pueblos Indígenas, la Cátedra Libre de Derecho Indígena y organizaciones sociales en la elaboración del protocolo para la consulta libre e informada y así poder dar operatividad al artículo que implementa Juicio por Jurados Indígenas.

X. Rol de la Cátedra Libre de Derecho Indígena “Ricardo Altabe” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la U.N.N.E.

No podemos dejar de destacar la labor que realiza la “Cátedra Libre de Derecho Indígena:

Ricardo Altabe”, dentro de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, en materia de formación y capacitación constante como, en conjunto con el Poder Judicial a través del Centro de estudios judiciales, que suman a este objetivo construyendo lazos con los pueblos indígenas, como así también capacitaciones a peritos traductores e intérpretes, abordando diferentes temas relacionados a la cuestión indígena.

Esta cátedra comenzó a funcionar el 18/12/2012, siendo decana de dicha Facultad la Dra. Verónica Torres de Breard y actualmente el Dr. Mario Villegas y está integrada por profesionales de diferentes áreas, líderes y lideresas indígenas y es muy significativa para tener un amplio espectro en diferentes disciplinas, para poder de esta manera brindar capacitaciones, talleres, charlas, formación y asesorías con un alto grado de conocimientos, calidad pedagógica.

XI. Reflexiones finales. Conclusiones

Podemos hoy hablar del juicio por jurados indígenas recordando la función que ejercían los consejos de sabios y ancianos (y que aun hoy cumplen) cuando debían intervenir en situaciones de conflictos (casos de problemas familiares, territoriales o hasta situaciones graves) nuestros pueblos indígenas. Pero debemos ser conscientes del gran avasallamiento que existió y que hoy sigue en nuestro tiempo cronológico expresándose en hechos y situaciones que debemos visibilizar y corregir como expresión de

violación de derechos humanos en democracia y que debe ser parte de nuestra identidad como contenido del “Nunca Más”.

Es el tiempo social de la justicia que trasciende nuestros tiempos calendarios y nos apura a salir del letargo, con prudencia y coraje, con paciencia y perseverancia, cumpliendo nuestro rol de grandes pacificadores y pacificadoras sociales. En tiempo indígena, a la manera de una espiral que tiene un punto de partida que se desenvuelve hacia el infinito, continuemos sin cansarnos en el logro de estos desafíos.

En esta instancia histórica en que el reclamo vigoroso de justicia en los distintos ámbitos institucionales es impostergable, como operadores del sistema cumplimos un rol fundamental en tanto agentes de control social a través de los procedimientos y mecanismos mediante los cuales las sociedades o grupos sociales consiguen que la conducta de sus integrantes se ajuste a lo que se espera y se pretende en término de previsibilidad, confianza y legitimidad.

Sin dudas debemos continuar trabajando cada día para asegurar el acceso a justicia y a la justicia, fortaleciendo las herramientas a nuestro alcance, y el juicio por jurados y particularmente el jurado indígena son garantías constitucionales idóneas a tal fin.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1650/2021

Recurso de inconstitucionalidad provincial vs. Recurso extraordinario federal

Reenvío negativo vs. Asunción positiva



Andrés O. Hadad

Abogado (UCSF). Especialista en derecho notarial, registral e inmobiliario (UNL). Especialista para la magistratura (UCA). Maestrando en Argumentación Jurídica (UNL). Docente de nivel terciario y universitario (UCSF). Abogado Relator de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Algunos antecedentes reglamentarios.— III. Recurso de inconstitucionalidad en Santa Fe.— IV. Reenvío negativo vs. Asunción positiva.— V. El art. 16 de la ley 48.— VI. Toda regla tiene sus excepciones.— VII. Consideraciones finales.

I. Introducción

La Constitución Provincial de la Provincia de Santa Fe, dictada en 1962, atribuye en forma exclusiva a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento y la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que se deduzcan contra las decisiones definitivas de los tribunales inferiores, sobre materias regidas por la Constitución (1).

Las notas de este control de constitucionalidad provincial no difieren en mucho con las existentes en el ámbito nacional. En efecto, si bien se puede apreciar un notorio paralelismo entre el recurso extraordinario federal del art. 14 de la ley 48 y el previsto por la ley 7055, el objeto del presente comentario es justamente destacar una de sus principales diferencias, puesto que de sus similitudes ya se han encargado con sobrada suficiencia, diversos autores nacionales y locales (2).

Con la diferencia apuntada, me quiero referir a la posibilidad o facultad de asumir positivamente la competencia y de resolver el fondo de la cuestión suscitada que emerge del art. 16 de la ley federal 48 *versus* el reenvío negativo que dispone el art. 12 de la ley provincial 7055; aunque, como veremos, en ciertas situaciones dicha diferencia no sea tal.

Veamos los artículos referidos:

Ley 7055, art. 12: “Cuando la Corte Suprema juzgare inadmisble el recurso, así lo declarará, con costas al recurrente. Cuando estimare procedente el recurso en los casos 1 y 2 del artículo 1º, revocará la resolución recurrida en cuanto ha sido materia del recurso y *devolverá los autos al tribunal de origen para que se pronuncie nuevamente de conformidad con la doctrina constitucional aceptada* y aplicará las costas al vencido; en su defecto, confirmará la resolución del recurso, con costas al recurrente. En el caso 3º del artículo 1º, si estimare procedente el recurso, anulará la sentencia impugnada y *remitirá la causa a otro juez o tribunal para que sea nuevamente juzgada*, e impondrá las costas al vencido; en su defecto, desestimaré el recurso, con costas al recurrente”.

Ley 48, art. 16: “En los recursos que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o *bien resolverá sobre el fondo*, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón”.

II. Algunos antecedentes reglamentarios

Volviendo estrictamente al recurso de inconstitucionalidad local, luego del art. 93 inc. 1,

se suscitó el problema respecto a la inexistencia de ley que reglamentara dicho recurso.

Puede decirse que la doctrina y la jurisprudencia del momento encontró algunas soluciones “transitorias” —por llamarlas de alguna manera—, como por ejemplo la que a pesar de considerar abolida la ley 3655 pregonaba su aplicación de igual modo para cubrir la laguna legal existente por entonces, para darle operatividad a la manda constitucional y por revestir “autoridad emergente de haber sido expresión de la voluntad legislativa”.

En efecto, del Trámite Parlamentario que tuvo la actual ley 7055 (3), se pueden leer las palabras del diputado Augusti, quien en su carácter de miembro informante de la Comisión de Asuntos Constitucionales, por aquel entonces, en referencia a la importancia de la votación del proyecto, decía lo siguiente: “Quiero dar los fundamentos de este proyecto de ley que evidentemente merece la atención de esta Cámara, máxime si tenemos en cuenta que muchas veces se toma como elemento de interpretación el pensamiento de los legisladores que las sancionan. Y con más razón en este caso en relación al cual desde el año 1962 nuestra provincia, prácticamente, carece de la reglamentación del recurso de inconstitucionalidad, hecho que no ocurrió con las constituciones de los años 1921 y 1949 de acuerdo a

las cuales se dictaron las leyes números 2299 y 3556, respectivamente, que reglamentaban la mencionada institución. Esta última hasta que fue derogada, se la aplicaba indebidamente siendo cuestionada su constitucionalidad, acarreado como es de suponer, dificultades en el correcto entendimiento de las normas y careciendo del instrumento legal que tiene por objeto principal mantener la supremacía de las normas constitucionales”.

Esta ley es la que reglamentó de allí en más —y con sus modificaciones (4)— el “recurso de inconstitucionalidad” y el “recurso de queja” en nuestra Provincia.

Como se dijo, es notorio el paralelismo que existe entre el Recurso Extraordinario Federal del art. 14 de la ley 48 y nuestro recurso de inconstitucionalidad local, puesto que comparte —entre muchas otras cosas— un objetivo común, esto es, el afianzamiento de la supremacía constitucional.

III. Recurso de inconstitucionalidad en Santa Fe

Si aludimos a este remedio, es fundamental entender el primer artículo de la ley 7055 que en simples palabras nos dice: ¿Quién conoce en él?, ¿qué es lo impugnado? y ¿cuál es su contenido?

Art. 1. *Procederá (¿se admitirá?) el recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia (aquí vemos el quién) contra (aquí vemos el qué) 1- Las sentencias definitivas dictadas en juicios que no admitan otro ulterior sobre el mismo objeto y 2- Contra autos interlocutorios que pongan término al pleito o hagan imposible su continuación, en los siguientes casos: (aquí vemos el cuál)*

Inc. 1: Cuando se hubiere cuestionado la *congruencia* con la Constitución de la Provincia de una norma de jerarquía inferior y la decisión haya sido favorable a la decisión de esta.

Inc. 2: Cuando se hubiere cuestionado la *inteligencia* de un precepto de la Constitución de la Provincia y la decisión haya sido contraria al derecho o garantía fundado en él.

Inc. 3: Cuando las sentencias o autos interlocutorios mencionados no reunieren las *condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción* que acuerda la Constitución Provincial.

Inciso 1: Contradicción normativa

El primer supuesto se configura cuando se pongan en cuestión dos normas. Una, la Constitución Provincial y otra, de jerarquía inferior. En el proceso de selección de normas debe prevalecer la sentencia de inferior jerarquía (sin importar el resultado, el método argumental por excelencia para este caso sería la “ponderación”, digo sin importar el resultado porque más allá de que se llegue a un resultado equivocado, el método puede igualmente ser correcto). En este caso lo que habilitaría la intervención de la Corte sería el uso desafortunado de la fórmula del peso que tan bien explica el Profesor Robert Alexy (5).

Inciso 2: Interpretación de la norma constitucional

Cuando en la interpretación de un precepto constitucional se decida en perjuicio del derecho o de la garantía que la Constitución Provincial protege. Este supuesto podría generar admisibilidades indiscriminadas de causas, puesto a que, en mayor o menor medida, todo debate tiene como trasfondo un derecho o garantía constitucional. El debate tiene que girar en torno a la inteligencia o a la extensión de la propia norma constitucional.

Inciso 3: Arbitrariedad

En el último inciso se recepta la doctrina de la arbitrariedad elaborada pretorianamente por la Corte Suprema. Definirla no es tarea fácil, pero podemos decir que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe considera como sentencia arbitraria aquella que no sea una necesaria derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas del caso. Creada en el año 1909 con “Rey vs. Rocha” (Fallos 112:384) y retomada ininterrumpidamente varias décadas después con “Storani de Boidanich” en el año 1939, se puede ver en esta doctrina una clara herramienta política (6) vestida de jurídica.

Son muchos los supuestos que pueden configurar arbitrariedad, o en otras palabras, existen muchos “tipos”, si se quiere, de arbitrariedad (se deciden cuestiones no planteadas, no se deciden cuestiones planteadas, apartamiento de una norma aplicable al caso, aplicación de una norma derogada, se prescinde de prueba decisiva, se invoca prueba inexistente, contradicción, incoherencia, incorrecta aplicación de silogismo jurídico, falta de motivación suficiente, etc.).

Todo esto se condice con la exigencia de nuestro Estado de Derecho Constitucional de

que las sentencias deben estar motivadas, en palabras de nuestra Constitución deben “tener motivación suficiente” —art. 95, Constitución de la Provincia de Santa Fe—.

Hoy, a diferencia de lo que sucedía en el Estado de Derecho Legal, al Derecho se le piden razones. Y la mejor manera de dar buenas razones es a través del discurso racional, a través de una sentencia bien argumentada. Creo que por este lado viene lo dicho hace unos meses atrás por el presidente de la Corte Nacional en ocasión de la apertura del año judicial respecto de la crisis de legitimidad que atraviesa la Justicia. Si no me equivoco dijo literalmente que “existe la sospecha de que servimos a intereses diferentes al derecho”.

IV. Reenvío negativo vs. Asunción positiva

Como dijimos, entonces, el art. 12 de la ley 7055 dispone que cuando la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, juzgare inadmisibile el recurso, así lo declarará, con costas al recurrente.

También refiere a que cuando lo estimare procedente, en los casos de los incs. 1º y 2º del art. 1º, revocará la resolución recurrida en cuanto ha sido materia del recurso y devolverá los autos al tribunal de origen para que se pronuncie nuevamente de conformidad con la doctrina constitucional aceptada y aplicará las costas al vencido; en su defecto, confirmará la resolución del recurso, con costas al recurrente.

Lo propio dispone para el caso del inc. 3º del art. 1º, por cuanto si estimare procedente el recurso, anulará la sentencia impugnada y remitirá la causa (al subrogante legal) para que sea nuevamente juzgada, e impondrá las costas al vencido; en su defecto, desestimaré el recurso, con costas al recurrente.

En similar sintonía se perfila el art. 16 de la ley 48 en cuanto dispone lo siguiente: “...cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón”.

Como vemos, en consonancia con la intención de este trabajo, la gran diferencia de estos artículos es que el remedio federal contempla la llamada “asunción positiva de competencia” sobre el fondo de la cuestión, mientras que no ocurre lo mismo con el referido remedio de inconstitucionalidad provincial en la medida que no contempla la posibilidad de la Corte local de emitir, en ciertos casos, un pronunciamiento que dirima la *litis*.

El art. 12 de la ley 7055 al legislar los efectos posteriores a las sentencias de la Corte, dispone que en los casos de incs. 1 y 2, se revocará y se remitirá al mismo tribunal para que siga la doctrina constitucional; en caso de inc. 3 se anulará y remitirá al subrogante legal por existir vicios descalificantes. En este último caso la Corte hace cosa juzgada respecto del “vicio” no pudiendo el *a quo* que dicte el nuevo pronunciamiento apartarse de dicho análisis.

En efecto, una de las famosas frases que acostumbramos a ver en dichos fallos es “...sin que la presente decisión signifique adelantar opinión sobre la solución final de la causa...”

Dos fallos pioneros de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe explican muy bien cómo funcionan los reenvíos a los que refiere la norma provincial —artículo 12 ley 7055—. Estos son “Gázquez” (R. A. y S. 1º 101, ps. 315/326) y “Resnik” (R. A. y S. 1º 104, ps. 368/376).

V. El art. 16 de la ley 48

Hasta acá vimos lo que sería la regla impuesta por la norma legal. Como vimos, el art. 12 de la ley 7055 de nuestra Provincia solo contempla lo que se conoce como *iudicium rescidens*, o en castellano “reenvío negativo”. Por su lado, en cambio, el art. 16 de la ley 48 contempla dos posibilidades: el *iudicium rescidens* o reenvío negativo —tal como el R.I. en Santa Fe— y el *iudicium rescissorium* o asunción positiva.

En efecto, en el ámbito nacional, a tenor del referido artículo (7), cuando la Corte Nacional deja sin efecto el fallo impugnado por medio del recurso extraordinario federal, se presentan dos alternativas: la Corte hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada o bien resolverá sobre el fondo del asunto, pudiendo incluso disponer la ejecución.

Aunque la ley 48 no dispone cuál de los dos caminos indicados tiene preferencia, la praxis judicial ha entendido que cuando la Corte revoca la resolución cuestionada, la regla es el reenvío, y la excepción el dictado de la nueva sentencia por el Alto Cuerpo (8).

Anima tal criterio la idea de que el recurso extraordinario no debe, en cuanto sea posible, afectar el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la causa, funcionando el reenvío como un mecanismo de defensa de las autonomías locales. Pero es obvio que, cuando la Corte establece los lineamientos según los cuales deberá decidir el tribunal de la causa, el margen de acción del inferior se verá coartado —de cierto modo— en los puntos indicados, pues deberá decidir según el criterio establecido por el Alto Tribunal (9).

Diversos son los motivos que autorizan o habilitan el ejercicio de no acudir al reenvío y decidir directamente el fondo del asunto. Sin duda que un análisis en profundidad de tales precedentes jurisprudenciales excedería las posibilidades de quién escribe, sin embargo, espigaré de modo sucinta algunos de ellos, con el fin de evidenciar tal determinación.

En términos generales, encontraremos el *iudicium rescissorium* o la asunción positiva: a) frente a un lapso prolongado de duración del expediente; b) ante las características excepcionales del caso o la importancia de los intereses en juego; c) cuando el tribunales de la causa hubiese desconocido una sentencia anterior dictada por la Corte Suprema en los mismos autos, destacándose que este es el supuesto expresamente previsto por el art. 16; d) por motivos de gravedad institucional; entre otros.

A nivel local, en cambio, lo interesante —y que hoy particularmente me interesa destacar— es que la Corte de la Provincia de Santa Fe, aun no contando con esa alternativa legal, igualmente ha dejado de lado el art. 12, asumiendo positivamente la justicia del caso con un profundo sentido de corrección material y resolviendo directamente el fondo de la cuestión sin remitir al tribunal inferior.

Abordaremos, para ello, algunos ejemplos paradigmáticos.

VI. Toda regla tiene sus excepciones

Entiendo que las restricciones de las normas reglamentarias deben ceder en beneficio de principios de rango superior, entre ellos, la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, plazo razonable, entre otros, siempre y cuando las particulares circunstancias del caso así lo ameriten en aras de evitar un mayor dispendio jurisdiccional o una eventual denegación de justicia.

Acerca de la virtual inconveniencia del reenvío se ha pronunciado Morello, especialmente “en supuestos en que el proceso ya afectó (por su demora) la razonabilidad del tiempo de la justicia (...) o cuando una suerte de tozudez o recalcitrancia (en enfrentamiento a la autoridad moral y jurídica de los fallos de la Corte por los órganos inferiores), llevan ‘las de no concluir’”; tendencia que se ve reforzada “por la concepción que postula —en el marco de la efectividad de la Justicia— la actuación ejecutiva de los derechos, incluyendo por cierto, los reconocidos, declarados, estimados o constituidos por las sentencias judiciales”; alcanzándose un mismo resultado “con miras a evitar que la aplicación del derecho, reconocido en el plano de la cognición (...) resulte pospuesto por un reenvío innecesario, francamente retardatario y complicante”, desde que la situación siguiente al fallo descalificativo de la Corte justifica tal proceder “cuando las garantías de la debida defensa fueron respetadas rigurosamente en la estructura y fases precedentes (las impugnaciones ordinarias y extraordinarias)” (10).

En este sentido, por ejemplo, nuestra Corte local en los autos “Gioielli c. Provincia de Santa Fe” (11) sostuvo lo siguiente: “Atento a la procedencia parcial del recurso, en este punto, correspondería —como principio— la remisión de los autos al Tribunal subrogante para que dicte nueva resolución. Ahora bien, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso, la edad del actor, que cuenta con más de noventa años, los principios que rigen la materia y la doctrina de Fallos 316:779; entre otros, aconsejan excepcionar dicha remisión y que en consecuencia, sea el mismo Tribunal en oportunidad de practicarse la liquidación pertinente, controle que la misma se efectúe con sujeción a lo decidido en el presente pronunciamiento.” Como vemos, esta es una clara excepción pretoriana al art. 12 de la ley 7055, en donde la Corte Provincial dispuso la remisión al mismo Tribunal (en vez de al subrogante) para que controle la ejecución de conformidad con lo fallado en la sentencia aludida.

Lo mismo ocurrió meses más tarde en “Banco de Santa Fe c. Melamedoff” (12) en donde el cimero Tribunal consideró en primer término la duración del proceso, valorando para ello que el juicio declarativo se había iniciado en el año 1997, con relación a un juicio de apremio anterior del año 1995, destacando especialmente que la mayor parte del tiempo transcurrido hasta la fecha había obedecido al hecho de que, habiendo sido apelada la sentencia de primera instancia dictada en el año 2001, la Corte había tenido que anular el pronunciamiento de Alzada en tres oportunidades distintas y eso no solo por alzamiento del tribunal de apelación contra la doctrina constitucional sentada reiteradamente por la Corte en una materia que ya había sido objeto de estudio y decisión en causas sustancialmente similares, sino también a raíz de la ostensible desobediencia de la Cámara a los mandatos elaborados en estos mismos autos por el Tribunal Superior en su calidad de cabeza del Poder Judicial provincial, en virtud de los cuales se habían establecido conclusiones de hecho y de derecho con pautas bien precisas acerca de cómo debía resolverse el fondo del asunto.

En tales condiciones, consideró que en el organigrama procesal santafesino es la Corte Suprema de Justicia la que tiene la última palabra constitucional y remarcó que han quedado delineadas, luego de dos reenvíos, las directrices fundamentales para resolver el pleito, debiendo imponerse el traslado al caso de la mecánica del art. 16 de la ley federal, pues proponer lo contrario —en ese caso— implicaría no solo un ritualismo estéril, sino también mitigar las

(5) V. ROBERT, Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, traducido por Manuel Atienza, del título original *Theorie der juristischen argumentation*, Surkamp, Frankfurt del Meno, 1978, reimpresión Prankfurt del Meno, 1983, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

(6) En sentido lato, como herramienta que habilita la toma de decisiones en ciertos casos, mientras que en otros no.

(7) Art. 16 Ley 48.

(8) Cfr. “Los recursos extraordinarios en las provincias argentinas y CABA”, dirigido por SBDAR, Claudia Beatriz y GU-

TIÉRREZ, Rafael Francisco, “Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y CABA”, La Ley, 2019, 1ª ed., p. 775.

(9) Ibidem, p. 776.

(10) ver MORELLO, Augusto M., “El Recurso Extraordina-

rio”, Librería Editora Platense, 2006, 3ra. Ed., ps. 715/719.

(11) CS Santa Fe, Registro de A. y S. Tº 270, p. 367.

(12) CS Santa Fe, Registro de A. y S. Tº 271, p. 332.

potestades constitucionales de esa Corte en su función jurisdiccional.

Más recientemente, se utilizó dicha herramienta pretoriana en los autos “Salas c. Municipalidad de Santa Fe” (13) con remisión al anterior fallo comentado, en los siguientes términos: “Ahora bien, es sabido que el artículo 12 de la ley provincial 7055 no contempla la posibilidad de que la Corte local, al declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad, emita el pronunciamiento que dirima la litis. No obstante ello, en casos como el presente donde la única cuestión litigiosa a resolver era la referente a la sanción por litigar malicioso, se autoriza el ejercicio excepcional de la facultad de no acudir al reenvío y resolver el fondo del asunto, atento que ello implicaría no sólo un ritualismo estéril sino también dilatar la percepción de la acreencia en menoscabo del derecho de propiedad del trabajador. En consecuencia, corresponde por aplicación de esta doctrina excepcional (‘Banco de Santa Fe S.A.P.E.M. c/ Melamedoff’, A. y S. T. 271, pág. 332) tener por desistido el recurso de apelación interpuesto por la Municipalidad de Santa Fe, con costas”.

(13) CS Santa Fe, Registro de A. y S. T° 294, p. 395.

(14) V. SAGÜÉS, Néstor P., “Recurso extraordinario”, Astrea, 2002, 4ª ed., t. II, ps. 470/477.

VII. Consideraciones finales

Es sabido, como vimos, que el art. 12 de la ley provincial 7055 no contempla la posibilidad de que la Corte local, al declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad, emita el pronunciamiento que dirima la litis, a diferencia de lo que ocurre con el art. 16 de la ley nacional 48.

Así, en el ámbito nacional, a tenor del citado art. 16, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación deja sin efecto el fallo impugnado por medio del recurso extraordinario federal, se presentan dos alternativas: la Corte hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada (“iudicium rescindens”); o bien resolverá sobre el fondo del asunto (“iudicium rescissorium”), pudiendo incluso disponer la ejecución.

Aunque la ley 48 no dispone cuál de los dos caminos indicados tiene preferencia, la praxis jurisprudencial ha entendido que cuando la Corte revoca la resolución cuestionada, la regla es el reenvío, y la excepción el dictado de la nueva sentencia por el Alto Cuerpo.

Anima tal criterio la idea de que el recurso extraordinario no debe, en cuanto sea posible, afectar el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la causa, funcionando el reenvío como un

mecanismo de defensa de las autonomías locales. Pero es obvio que, cuando la Corte Suprema establece los lineamientos según los cuales deberá decidir el tribunal de la causa, el margen de acción del inferior se verá recortado en los puntos indicados, pues deberá decidir según el criterio establecido por el Alto Tribunal.

A su vez, en diversos pronunciamientos la Corte ha ido determinando qué motivos autorizan el ejercicio —excepcional— de su facultad de no acudir al reenvío y decidir directamente el fondo del asunto y ellas se pueden resumir en las siguientes: a) frente a un lapso prolongado de duración del expediente; b) ante las características excepcionales del caso o la importancia de los intereses en juego; c) cuando el tribunal de la causa hubiese desconocido una sentencia anterior dictada por la Corte Suprema en los mismos autos; d) por motivos de gravedad institucional.

En punto al supuesto de “iudicium rescissorium” expresamente tratado por la ley 48, el cimero Tribunal Nacional ha resuelto con frecuencia que, si el nuevo fallo dictado por el tribunal de la causa contraría la anterior resolución de la Corte, corresponde que esta decida sobre el fondo de la litis debatida, en general por razones de economía procesal, prontitud y certeza (14).

A nivel local, en cambio, el art. 12 solo contempla el “iudicium rescindens” o reenvío negativo. En efecto, la ley que regula el remedio extraordinario previsto en el art. 93, inc. 1, de la Constitución Provincial establece que cuando la Corte Suprema juzgue procedente el recurso, devolverá los autos al tribunal de origen o los remitirá al tribunal subrogante —según el caso— para el dictado de un nuevo pronunciamiento, sin prever expresamente la posibilidad de que la Corte asuma la competencia de las instancias ordinarias.

No obstante, las restricciones de la norma reglamentaria local deben ceder en beneficio de principios de rango superior —entre ellos los de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y pronta terminación de los procesos judiciales— cuando las particulares circunstancias de la causa, su prolongada duración o la índole de la cuestión justifiquen que la Corte, desde su posición institucional de intérprete último de la Constitución Provincial y de las leyes dictadas en su consecuencia, excepcionalmente se avoque a resolver el fondo del asunto en aras de evitar un mayor dispendio jurisdiccional o una eventual denegación de justicia.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/862/2021

Situación jurídica subjetiva de los participantes en los concursos para la cobertura de cargos vacantes en la Administración Pública de la Provincia del Chaco



Leandro Nabil Zahra

Abogado (UNNE). Especialista en Derecho Laboral (UNNE). Diplomado en Derecho Administrativo, Universidad Austral, Buenos Aires. Magister en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Director General de Asuntos Jurídicos del Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento de la Provincia del Chaco.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.— III. Naturaleza del procedimiento concursal.— IV. Los concursos de selección de personal para la Administración pública ¿actividad discrecional o reglada?— V. Situación jurídica subjetiva de los concursantes.

I. Introducción

A diferencia de lo que ocurre en derecho privado, donde la transgresión de un deber jurídico provoca un conflicto perfectamente individualizado con el acreedor del deber violado, la cuestión no es tan perceptible cuando se produce la violación de los deberes de la Administración (1).

En la determinación del sujeto titular de la situación jurídica en disputa, se halla com-

prometida directamente la tutela judicial efectiva (2), cuyo carácter constitucional deriva de los postulados del art. 18 de la Constitución Nacional y, en palabras de la Corte, de “...las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 82 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos, 2º, inc. 3º aps. a y b, Y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” (3).

Por ello esta reviste una relevancia práctica muy importante, en la medida que, como veremos, en el reconocimiento de un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple, se plantea la legitimación ante situaciones donde se reclama una tutela administrativa (4) y judicial efectiva.

II. Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple

II.1. Derecho subjetivo

El derecho subjetivo resulta abarcativo de intereses que el ordenamiento jurídico reconoce a ciertos sujetos en exclusividad, protegiéndolos de un modo directo, a través normas de relación (5), que ponen a cargo de la Administración un deber jurídico hacia estos. La pretensión que en consecuencia les corres-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Conf. MAIRAL, H. A., “Control Judicial de la Administración Pública”, vol. 1, p. 140.

(2) Esta supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes - CS, “Astorga Bracht, Sergio, y otro c/ Comisión Federal de Radiodifusión”, 14/10/04, considerando 7.

(3) CS, “Sergio Astorga Bracht y Otro v. COMFER - Dto. 310/98”, en Fallos 327:4185, considerando 6º.

(4) El derecho a la tutela administrativa efectiva supone la posibilidad de ocurrir ante los ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellos una decisión útil relativa a los derechos de los particulares.

(5) En el análisis de las diferentes teorías para distinguir las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, explica el Profesor Julio Pablo Comadira que una segunda teoría es aquella que parte de una división previa de las normas administrativas en “normas de relación” y “normas de acción”. Indica el autor que “...las ‘normas de relación’ son [...] las que crean vínculos jurídicos entre la Administración y el ciudadano; son de la misma naturaleza que las que regulan los vínculos interindividuales”. En cambio, las ‘normas de

acción’ son [...] las que regulan la conducta y actuación de la Administración; tienen por objeto la tutela del interés público’. Así, las ‘normas de relación’ delimitan las esferas jurídicas de la Administración y del ciudadano mientras que, las ‘normas de acción’ regulan la actividad que la Administración puede desarrollar en su propia esfera jurídica”. “En esa inteligencia, entonces, se propone que la violación de una “norma de relación” por la Administración supondría afectar un derecho subjetivo. Por el contrario, si se transgrede una “norma de acción”, solo se afectaría un interés simple, que no es más que “[...] el interés vago e impreciso que cualquiera del pueblo puede tener respecto de la buena marcha de la Administración”. No obstante, en algunos casos, puede haber ciudadanos que por la observancia o inobservancia de una “norma de acción” resulten favorecidos o perjudicados en modo particular en relación con otros ciudadanos. En estos supuestos, cuando la persona está en una “especial situación de hecho” o “particular posición” respecto de un determinado acto administrativo, se genera un “interés calificado” del ciudadano cuya proyección procesal es el interés legítimo. Concluyendo que “...para esta postura, las ‘normas de relación’ dan origen a un derecho subjetivo mientras que las “normas de acción” generan un interés simple, salvo que el particular esté en una especial situación

hecho respecto del acto administrativo, en cuyo caso tendrá un interés legítimo. Cabe destacar que en opinión del autor citado es necesario superar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo no solo porque es ajena a nuestro sistema jurídico, sino porque, en la práctica, deja desprotegidas situaciones que indudablemente merecen tutela judicial. Explica que la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo puede tener razón de ser, eventualmente, en el derecho italiano, en el que históricamente gravitó para determinar la jurisdicción competente, la acción judicial ante los tribunales ordinarios, para la tutela de los derechos subjetivos, y el recurso ante los tribunales administrativos regionales, para la tutela, sea de intereses legítimos, sea, en los casos taxativamente indicados por la ley, de derechos subjetivos. Así, en Italia, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo permite determinar la jurisdicción en la que se les dará tutela, estando claro que, justamente, en cualquier caso son merecedores de protección jurisdiccional, ora por los tribunales administrativos, ora por los tribunales ordinarios. Sin embargo, cuando se traslada esa clasificación a nuestro derecho, al no contar en Argentina con ese esquema jurisdiccional que permite acudir, luego de la instancia Administrativa, a los tribunales administrativos o a los ordinarios, se condena al desamparo a las situaciones ju-

rídicas conceptualizadas como intereses legítimos. Sobre esa base, afirma que se debe superar y eliminar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo para indagar, en cada caso, el derecho a qué del particular o la conducta jurídica que le es debida por la Administración, reconociéndole legitimación tanto en sede administrativa como judicial para reclamar la reparación o restablecimiento del derecho vulnerado o exigir la conducta obviada”. COMADIRA Julio P. “La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos”. En el mismo sentido, Barra ha puntualizado: “[...] la crítica más intensa que merece esta distinción es en cuanto a sus efectos prácticos, en la medida que el administrado titular de un ‘interés legítimo’ aparece con una protección menor —y en muchas ocasiones, totalmente desprotegido— con respecto al titular de un ‘derecho subjetivo’” (BARRA, Rodolfo C., “Principios de derecho administrativo”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 274. Y del mismo autor, “La situación jurídica del administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* —Rap: 11:7, Buenos Aires. Citado en COMADIRA Julio P., “La situación jurídica subjetiva...” ob. cit.”)

ponde, reviste el carácter de derecho subjetivo.

Aquí existe una norma jurídica que determina concretamente cual es la conducta administrativa debida, la cual, a su vez, le es debida a un individuo en situación de exclusividad a través de normas de relación.

II.2. Interés legítimo

En el interés legítimo la conducta debida no lo es a un individuo en forma exclusiva, sino a un conjunto de individuos en concurrencia. Estos reciben del ordenamiento jurídico una tutela a través de normas de acción (6), que generan en ciertos sujetos un particular interés en que estas sean observadas.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado al respecto que “A fin de establecer la existencia o inexistencia de un interés legítimo —que habilite a ser parte en un procedimiento administrativo e interponer recursos—, se ha exigido que se invoquen un interés personal y directo y un agravio concreto, específico y personalizado a aquel interés” (7).

II.3. Interés simple

En el interés simple además del concepto de concurrencia, no existe interés personal y directo del recurrente, bastando el mero interés genérico en que se cumpla la ley. Este simple interés en el correcto proceder de la Administración no es suficiente como presupuesto habilitante para ser parte en un procedimiento administrativo e interponer recursos, o de la acción procesal administrativa en la que se ventila una controversia jurídica entre el Estado y el particular.

II.4. Situación normativa en la provincia del Chaco

En el ordenamiento jurídico local, la ley 179-A de procedimientos administrativos, expresamente establece que la actuación administrativa puede iniciarse de oficio o petición de *cualquier persona física o entidad pública o privada, con personería jurídica o no, que tenga derecho o interés legítimo* (art. 12).

Mientras que asigna a *toda persona* que tuviere conocimiento de la violación de leyes, decretos o resoluciones administrativas, por parte de órganos o personas de la administración, la facultad de denunciarlo a la autoridad administrativa competente (art. 76), dejando expresamente determinado que *el denunciante no es parte en las actuaciones, salvo cuando por la denuncia se pretenda o reclame algún derecho* (art. 79) (8).

En este sentido, en el capítulo de Recursos el art. 82 establece que toda decisión administrativa final, interlocutoria o de mero trámite *que lesione un derecho o interés legítimo de un administrado* o importe una transgresión de normas legales o reglamentarias o adolezca de vicios que la invaliden es impugnabile mediante los recursos establecidos en ese capítulo (9).

De esta forma se puede apreciar la importancia que en el ordenamiento local reviste la correcta distinción entre estos conceptos, en la medida que el reconocimiento de un derecho subjetivo o interés legítimo derivará en el otorgamiento de legitimación dentro del procedimiento administrativo (10).

Una situación similar se puede apreciar en las disposiciones de la ley 135-A (Código Contencioso Administrativo local), donde se reconocen dos acciones distintas con independencia de la situación subjetiva que el acto lesione.

En efecto, tanto la de plena jurisdicción como la acción de ilegitimidad (11) se plantean adecuadas para los supuestos de afectación de un derecho subjetivo o cuando se vulnere un interés legítimo.

Así el art. 1º establece que la Cámara en lo Contencioso-Administrativo juzgará en única instancia en las *causas* (12) contencioso administrativas a que se refiere el art. 26 de la Constitución Provincial 1957-1994 (13).

Por su parte, en el Capítulo VII de la “Acción de ilegitimidad”, el art. 18 determina que esta procede contra aquellas resoluciones ejecutorias que, aunque de carácter general, adolezcan del vicio de ilegalidad, siempre que el recurrente acredite un interés legítimo, directo y actual.

Vemos entonces que, tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial local se exige la existencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en cabeza del administrado, como presupuesto determinante de la acción en la que se ventile una controversia jurídica entre el Estado y el particular. A su vez ese derecho subjetivo o interés legítimo, puede derivar de una ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución.

III. Naturaleza del procedimiento concursal

El profesor Sammartino enseña que el acto administrativo es una derivación secuencial de la función administrativa, a la vez, la función administrativa —que sustenta genéticamente al acto administrativo— tiene por fi-

nalidad inmediata la satisfacción del interés público (14).

En el ejercicio de esta función, el Estado cuenta con la facultad de organizar los cuadros de la administración pública, pero ello no puede hacerse arbitrariamente, sino que debe canalizarse a través de un procedimiento administrativo, es decir, a través de una “...serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común (15) o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado” (16).

Desde esta atalaya, no caben dudas que el procedimiento de selección desarrollado por la administración para regular la cobertura de cargos vacantes sobre la base de la idoneidad, capacidad, capacitación y solvencia que se requiera para el desempeño de este, es un procedimiento administrativo (17).

IV. Los concursos de selección de personal para la Administración pública ¿actividad discrecional o reglada?

Calificada doctrina nacional señala que el concurso destinado a la selección de un candidato para ocupar un cargo determinado constituye un procedimiento reglado por normas específicas y que la decisión final no es discrecional, sino que debe estar fundada en los antecedentes de cada aspirante y la prueba de oposición rendida por cada uno de ellos, radicando el impedimento de ejercicio amplio en la revisión judicial en la naturaleza técnico-científica de la cuestión (18).

Por su parte la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido al respecto que “Los concursos de selección de personal suponen una valoración comparativa de los méritos de cada uno de los candidatos a los efectos de la adjudicación del cargo disponible, materia que, por lo menos en alguna medida, se encuentra librada al criterio de apreciación del órgano competente para resolver” (19) y que “El control de legalidad que compete a la Procuración del Tesoro de la Nación debe respetar el poder exclusivo de valoración otorgado a la Administración y sólo evaluar si se sobrepasan sus límites, dado que, aunque existan varias soluciones razonables, no procede imponer el propio punto de vista acerca de lo que es más adecuado, sino sólo verificar si el recorrido lógico y la ponderación ya efectuada por el órgano de selección se ajustan a pautas aceptables, aun cuando fueran opinables” (20).

Más allá de estas consideraciones, a los fines de dar una respuesta acabada al interrogante planteado, entiendo pertinente delimitar, en términos generales, las dispo-

siciones del ordenamiento jurídico local que rigen el asunto en tratamiento.

Así, en sintonía con el art. 16 de la Constitución Nacional, el segundo párrafo del art. 70 de la Carta Magna provincial impone que el ingreso de los empleados públicos sea por medio de concurso o prueba de suficiencia. Exactamente lo mismo ordena el art. 119, inciso 17, al establecer que corresponde a la Legislatura “...organizar el régimen de ingresos y ascensos sobre la base del concurso público de antecedentes y oposición”.

Es por ello por lo que la ley 292-A (Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial) impone el ingreso a los cuadros de la Administración mediante concurso abierto de oposición y antecedentes (arts. 7º y 9º), reglamentando estas disposiciones los dec. 2645/15 (empleados) y 1618/10 (cargos jerárquicos).

En un sentido similar el constituyente local también ha ordenado la misma metodología de ingreso para la individualización de las personas en condiciones de acceder a un cargo de la Magistratura provincial. Así, el inc. 1º, *in fine*, del art. 167 de la Constitución chaqueña ordena que “Los nombramientos deberán estar precedidos de concursos públicos de antecedentes y oposición como método de selección”.

En cumplimiento de este mandato, la ley 1133-B, reglamentaria del modo de llevar adelante los concursos para la designación de jueces y representantes del Ministerio Público, establece el deber del Superior Tribunal de Justicia de, advertida una vacancia, notificar al Consejo de la Magistratura para que sea este último el que convoque a concurso (art. 2º, ley).

Con prescindencia de las distinciones propias de cada uno de estos concursos, normalmente los procedimientos de selección se componen de dos etapas. Una etapa de oposición llevada a cabo ante un tribunal o comisión examinadora y una de valoración de antecedentes, por parte del órgano administrativo facultado al efecto.

Finalizadas estas etapas, la Administración procederá a seleccionar, en el caso de los supuestos de ingreso a la Administración pública centralizada, o elaborar la lista de postulantes que integrarán la propuesta correspondiente, en el caso de los concursos para la designación de jueces y representantes del Ministerio Público.

Así, en la diferenciación de estas fases o etapas, se pueden identificar momentos donde el procedimiento será eminentemente reglado (21); convocatoria al concurso, cumplimiento de los requisitos de

(6) Aquí debemos tener presentes las distinciones señaladas en la nota anterior, con cita Comadira, Julio P.

(7) Dictámenes 251:1 y más recientemente Dictámenes 282:383.

(8) Sobre el punto ha señalado la PTN que “Las denuncias administrativas pueden ser interpuestas por los titulares de intereses simples, a diferencia de los recursos, respecto de los cuales se requiere una legitimación básica. Ello por cuanto se trata de una simple presentación de un sujeto de derecho llamando la atención de la autoridad administrativa acerca de un hecho o acto irregular, que no está sujeta a trámite, forma ni término alguno. Por consiguiente, la Administración no tiene obligación de tramitarla ni de resolverla, pero no cualquier funcionario puede proceder a su archivo o rechazo, sino que debe encauzarla hacia la autoridad competente para que sea ésta la que decida su consideración o no”. Dictámenes t. 242 p. 112.

(9) “Para promover recursos administrativos es necesario contar con una aptitud específica que permita ser parte en el procedimiento impugnativo. Se debe, en consecuencia, poseer una legitimación previa singularizada en la invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo”. Dictámenes t. 242 p. 112. Más recientemente se señaló que “El derecho subjetivo y el interés legítimo, son las situaciones jurídicas subjetivas que constituyen título suficien-

te para oponerse a las medidas públicas (v. Dictámenes 197:129; 241:249; 242:112)”. Dictamen IF-2020-43992204-APN-PTN, 09/07/2020. EX-2019-19483418-APN-DGDY-D#JGM. Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación.

(10) “La legitimación —en tanto aptitud para ser parte en un procedimiento, ofrecer prueba y controlar su producción—, es la cualidad jurídica realmente poseída, o tan solo invocada, que en necesaria conexión con el objeto del proceso habilita para poder llegar a ser parte del mismo”. Dictámenes t. 282 p. 383.

(11) Esta acción está contemplada expresamente en los artículos 18 y 19 del Código Contencioso Administrativo local, y requiere, a los fines de su procedencia, que se acredite que el acto administrativo adolezca de un vicio que derive en su ilegalidad, el que solo puede consistir en: a) incompetencia de la autoridad proveyente; b) vicio de forma o c) violación de la ley.

(12) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con remisión al dictamen de la Procuración General señaló que “Los casos o controversias contenciosos a los que se refieren los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional son aquellos en los que se persigue, en concreto, la determinación del derecho o prerrogativa debatidos entre partes adversas ante la existencia de una lesión actual o, al menos, una amena-

za inminente a dicho derecho o prerrogativa, requisito que por ser de carácter jurisdiccional es comprobable de oficio, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia...” Fallos 331:2257 “Facultad de Ciencias Médicas (U.N.L.P.) c/ Universidad Nacional de La Plata s/ Nulidad Actos Administrativos”.

(13) “Toda persona o el Estado afectado por una resolución definitiva de los poderes públicos, municipalidades o reparticiones autárquicas de la Provincia, en la cual se vulnere un *interés legítimo*, un *derecho de carácter administrativo establecido en su favor por ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución anterior*, podrá promover acción contencioso-administrativa y las demás acciones que prevea el código en la materia...” (el destacado es propio)

(14) SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. “La noción de acto administrativo en el estado constitucional” Buenos Aires, miércoles 31 de octubre de 2007 EL DERECHO página 11.

(15) El bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más fácil y pleno de su propia perfección (Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, Concilio Vaticano II, Constituciones, Decretos, Declaraciones. Biblioteca de Autores Crislanos. Madrid, 1966, p. 243).

(16) COMADIRA, Julio R., “130 años de la Procuración del

Tesoro de la Nación Función administrativa y principios generales del procedimiento Administrativo”, p. 75.

(17) En este sentido también lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien en el marco de un procedimiento concursal para la selección de un cargo docente universitario, donde remite al Dictamen de la Procuración que expresamente señaló “...entendiendo que la designación de docentes constituye un procedimiento administrativo en el que intervienen distintos órganos, cada uno de los cuales manifiesta su voluntad y emite actos independientes encaminados a la conclusión del procedimiento” Fallos 332:2295.

(18) BIANCHI, Alberto B., “La autonomía universitaria (A propósito de la revisión judicial de los concursos)”, LA LEY, 2005-C, 342.

(19) Dictámenes 202:35, 240:47 y 264:8

(20) Dictámenes 287:175

(21) En el ejercicio de una actividad reglada, la conducta administrativa debida está íntegramente predeterminada en la norma, es el propio ordenamiento jurídico quien resuelve la consecuencia jurídica específica para un antecedente de hecho preestablecido, y la función administrativa se circunscribe exclusivamente a establecer si el hecho traído a conocimiento de la Administración se subsume o no en el antecedente fáctico determinado en forma abstracta por la normativa aplicable.

inscripción, constitución de los tribunales examinadores, cumplimiento de los recaudos en materia de anonimato, entre otros (integrantes de la etapa de oposición señalada), y aquellos en los que existe un margen de discrecionalidad (22), dentro del cual la Administración puede establecer un orden de necesidades y prioridades en la gestión del interés público que tiene asignada (23). Claro está, aun en estos supuestos no queda eximida de cumplir con los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para la validez del acto administrativo final (24).

Es que no es lo mismo analizar el cumplimiento de los requisitos de admisión legalmente establecidos, que evaluar la capacidad de los postulantes para ocupar el puesto vacante. Ello en la medida que en la evaluación final se presentan aspectos que trascienden lo meramente objetivo, como la motivación para ocupar el cargo, la forma en que desarrollará eventualmente su función, puntos de vista sobre los temas básicos de la especialidad y funcionamiento del cargo para el que se concursa, valores éticos, entre muchas otras cuestiones, que por sus características no ingresan en supuestos que puedan calificarse como reglados (25).

Desde esta atalaya, en los procedimientos de selección de postulantes para cargos vacantes en la Administración Pública, el tipo de actividad que se desarrolle en el ejercicio de función administrativa nunca será enteramente reglada o discrecional. Variará, ora porque se trate de la observancia de las exigencias formales que impone el régimen respectivo, ora por tratarse de situaciones que ofrezcan márgenes de opinabilidad.

V. Situación jurídica subjetiva de los concursantes

Sobre la base de lo sostenido en los puntos anteriores, corresponde analizar cuál es la situación jurídica subjetiva (26) de los concursantes en los procedimientos de selección llevados a cabo por la Administración pública para la cobertura de los cargos vacantes.

En primer lugar hay que destacar que ninguno tiene derecho al cargo (27). Coviello ha señalado que el participante tiene el “derecho a exigir a la Administración un comportamiento acorde con el ordenamiento. Sobre el cargo solo tendrá la expectativa de acceder luego de un comporta-

miento legalmente correcto de parte de las autoridades” (28).

Luego, siendo los concursos procedimientos administrativos, le son aplicables sus principios generales, entre los que resultan de especial encomio, dado el punto en trato, el de juridicidad y el de igualdad.

Comadira señaló que el principio de juridicidad expresa no solo la ley jurídico-teórica según la cual no es posible atribuir conducta alguna al Estado excepto que una norma efectúe esa imputación, sino, también, la exigencia de que todo el accionar de aquel se someta al ordenamiento jurídico considerado como un todo (29).

En la Argentina, el ordenamiento, considerado como un sistema, comprende, desde los principios generales del derecho (30), hasta los simples precedentes en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad (31), pasando por la Constitución Nacional, los principios que emergen de ella, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos y, eventualmente, ciertos contratos administrativos (32). A estos, dentro del punto en tratamiento, de-

bemos adunar las normas que rigen el concurso.

Respecto de la igualdad, en su proyección sobre el procedimiento del concurso, se traduce en no dar a ningún participante ninguna ventaja que no se otorgue a los restantes. De ello cabe inferir que estos son titulares de una situación jurídica subjetiva a que el procedimiento transite por los carriles reglamentarios preestablecidos (33).

A su vez, si bien como se dijo no tienen derecho al cargo, poseen un derecho subjetivo a que la asignación definitiva de aquel se efectúe sobre la base de las normas que la condicionan, es decir que la decisión final que se adopte resulte fundada y razonable.

Desde esta atalaya los postulantes admitidos podrán presentarse tanto en sede administrativa como judicial, impugnado la actuación u omisión violatoria de las normas y principios que informan el procedimiento de selección (34).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1651/2021

(22) El profesor Comadira entiende que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho. (COMADIRA, Julio Rodolfo, “Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios”, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 507).

(23) “Al no hallarse reglamentado el modo o forma de efectuar la evaluación de los antecedentes, el órgano competente cuenta con un margen de discrecionalidad. No obstante lo cual la actividad que desarrolla el órgano de selección en tal sentido se encuentra sometida a los principios que informan el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, esa actividad sería jurídicamente observable si dicho organismo incurriera en arbitrariedad o irrazonabilidad” Dictámenes t. 264 p. 8.

(24) Ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión —competencia, objeto, forma, causa, finalidad y motivación— y, por el otro, el examen de su razonabilidad (Fallos: 315:1361, entre varios). Cabe destacar que en el control judicial de este tipo de actividad, el Címero Federal ha señalado que “El Poder Judicial, al comprobar la existencia del vicio de un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración, sin obligar a la administración a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia o eficacia por el de los jueces, violando así el principio de división de los poderes del Estado” CS, causas “Orías”, Fallos: 317:40 y “Buttice”, Fallos: 329:5368. En el caso de impugnación de decisiones militares, ha resuelto que “no son los jueces los que pueden evaluar las aptitudes adecuadas

para una determinada situación de revista dentro de la institución, ni los encargados de sustituir el criterio de sus órganos propios integrados por sus más altas jerarquías y establecidos con ese fin único y específico” Fallos: 311:1191, citado por VINCENTI, Rogelio W. en “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. el caso de los elementos reglados del acto”.

(25) En un reciente pronunciamiento del fuero especializado federal se ha sostenido que “...no resulta ilegítimo el uso de la potestad discrecional del Estado, quien no necesita fundar un apartamiento del orden de mérito propuesto por el tribunal evaluador para elegir dentro de la terna propuesta (Resolución 238/2003 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), por lo que cabe interpretar que la resolución cuestionada ajustó el procedimiento de selección al criterio indicado por el superior jerárquico en el Decreto 282/2017 -cuya validez no fue cuestionada-. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, “Bellezza, Andrea Susana vs. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otro s/ Amparo”, 24/10/2019.

(26) “...la situación es un concepto dinámico, que da idea de actividad, actual o potencial. Se trata de la posibilidad de actuación, o esta actuación concreta, que tiene el administrado, capaz para ser sujeto de la relación jurídica administrativa, en el seno de esta relación”. BARRA, Rodolfo Carlos “La situación jurídica del administrado Derecho subjetivo e interés legítimo”, p. 7.

(27) “De una interpretación integral de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el procedimiento de selección de magistrados, no surge que quienes se postulan como candidatos a ser seleccionados en los concursos del Consejo de la Magistratura, y más tarde por el Presidente de la Nación, tengan un derecho subjetivo a ser elegidos, pues la elección de la terna y, dentro de ésta, al candidato, comportan juicios de valoración político institucional, además de técnico jurídico, en el marco de un procedimiento que si bien es reglado, tiene aspectos estrictamente discrecionales, reservados por la Constitución Nacional al Presidente de la Nación en el inc. 4, art. 99. En uso de esta atribución, el Presidente elige entre los candidatos que integran la

terna elevada por el Consejo de la Magistratura, a aquél que a su juicio resulta más idóneo para el cargo vacante. Para juzgar sobre la validez de esta elección no corresponde añadir requisitos que la Constitución misma no exige, ni condicionar la atribución de nombrar a los jueces de los Tribunales Federales en términos distintos de los que resultan del texto constitucional, porque esto implicaría limitar las facultades atribuidas al Poder Ejecutivo de la Nación en el inc. 4, art. 99, Constitución Nacional”. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, “Cutíérrez, Jorge Amado vs. Estado Nacional y otro s/ Proceso de conocimiento”, 29/08/2010.

(28) COVIELLO, Pedro José Jorge, “La protección de la confianza del administrado: derecho comparado y derecho argentino”, LexisNexis, Buenos Aires 2004, p. 401. Citado por BUTELER, Alfonso “El concurso docente universitario” p. 734.

(29) COMADIRA, Julio R., “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger” El Derecho - Revista de Derecho Administrativo - Tomo 2015 - 659 02-10-2015 IJ-DCCLXXV-574.

(30) Cassagne ubica dentro de los principios generales del Derecho Administrativo, al principio de continuidad de los servicios públicos, el paralelismo de las competencias, el estado de necesidad para fundamentar el dictado de reglamentaciones de urgencia, la autotutela coactiva en la protección del dominio público, la creación de obligaciones por el acto administrativo unilateral, la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos subjetivos, la necesidad de motivar los actos que afecten los derechos e intereses individuales o colectivos, el informalismo y el silencio administrativo, ambos a favor de los particulares, la presunción de legitimidad y el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos (CASSAGNE, Juan C., “El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, Marcial Pons, 2009, ps. 53/54. Citado por SAMMARTINO Patricio E., “Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho”, t. I, p. 58 nota al pie N° 1), a los que entiendo debemos adunar la

“Interdicción de la Insensibilidad” a los derechos humanos, como principio cardinal del derecho administrativo, postulado por el Prof. SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., “La estabilidad del acto administrativo” pág. 30. RDA 2019-125, 883, AR/DOC/2804/2019.)

(31) La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido, sin embargo, que el precedente no es fuente de derecho administrativo y no impone, por tanto, resolver cuestiones idénticas de igual manera, sino cuando el derecho objetivo así las autoriza (Dictámenes: 168:94). Por eso, en principio, el precedente no integra el “bloque de la juridicidad”, aun cuando él no debe ser ignorado si gravita, para su seguimiento, la garantía de la igualdad. Esta, sin embargo, no puede esgrimirse para pretender una reiteración de la ilegalidad, porque el precedente ilegal conduce no a la igualdad ante la ley, sino a la igualdad fuera de la ley (LÓPEZ RODÓ, Laureano, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, RAP, n° 100- 102, vol. 1, p. 338), citado por COMADIRA, Julio R., “El juez contencioso administrativo...” ob. cit.

(32) COMADIRA, Julio R. “El juez contencioso administrativo...” ob. cit.

(33) Así lo ha entendido la Corte Suprema en la causa “Justiniano” (Fallos 330:138 - 2007) al señalar que el acto administrativo que acepta la postulación de una persona si bien no otorga derecho alguno a integrar la nómina de los candidatos que se proponen para ocupar el cargo que se concursa ni obliga al jurado en tal sentido, solo “habilita al aspirante a ser evaluado de acuerdo con sus antecedentes, merecimientos y desempeño...” citado por BUTELER, Alfonso, ob. cit., p. 734.

(34) La actividad que desarrolla el órgano de selección se encuentra sometida a los principios que informan el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, esa actividad sería jurídicamente observable si dicho organismo incurriera en arbitrariedad o irrazonabilidad (v. Dictámenes 203:137, 264:8, 275:220).

