

Doctrina

La amnistía en debate (*)



Alberto Ricardo Dalla Vía

Académico Titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Desde hace varios meses la doctrina jurídica española, como así también los políticos de ese país y los periodistas especializados, se encuentran enfocados en un arduo debate acerca de la *Ley Orgánica 1/2024 del 10 de junio de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (1)*, promulgada en forma obligatoria por el Rey Felipe VI, conforme lo establece el procedimiento legislativo de la Constitución Española.

Si bien la Constitución Española de 1978 contempló las particularidades de las regiones históricas, particularmente de Cataluña y del País Vasco, la "cuestión catalana" se agravó y profundizó a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2010 por la que rechazó como inconstitucional el Estatuto de Autonomía de Cataluña, situación que agravó los sentimientos antiespañoles por parte de los sectores más radicalizados que nutrieron al movimiento independentista.

La relación de Cataluña con el Estado Español permaneció estable durante la primera etapa de la transición en virtud de los acuerdos constitucionales en los que tuvo importancia la personalidad de Miquel Roca —uno de los redactores de la Constitución y uno de los dos que aún viven; el otro es Herrero de Miñón—, como así también por la actuación de Jordi Pujol al frente de la *Generalitat* y del partido *Convergència y Unió*, manteniéndose el equilibrio durante los años en que gobernaba Felipe González, pero las cosas se complicaron más tarde cuando aparecieron demandas de mayor autonomía, entre las que sobresalió la cuestión lingüística.

El intento secesionista de 2014 fue conjurado por el "gobierno en funciones", de Mariano Rajoy, y los principales responsables fueron sentados en el banquillo y llevados a juicio y condenados por el Tribunal Supremo de España, algunos de ellos por los delitos de terrorismo, de traición al Estado y de sedición. El líder principal de esa aventura, Carles Puigdemont, eludió la acción de la justicia, refugiándose como asilado político en Bélgica. Todos esos actos fueron ilegales, al ser España un Estado unitario en el que no existe el derecho de secesión.

Si bien el proyecto de ley de amnistía no fue presentado por el gobierno en fun-

ciones de Sánchez, sino por el grupo parlamentario del PSOE, existe en la opinión pública una cierta convicción de la existencia de un acuerdo entre el presidente Pedro Sánchez y Puigdemont para obtener los siete votos de *Junts*, para formar gobierno después de la elección del año pasado que ganó el líder gallego del PP Alberto Núñez Feijóo, pero que no pudo formar gobierno. Resulta paradójico que la Ley de Amnistía que se votó haya tenido la oposición frontal del principal partido de la oposición.

La proposición de Ley de Amnistía fue sometida a un primer debate, en medio de un ambiente muy tenso, en el Pleno de la Cámara el 12 de diciembre de 2023. El Congreso dio luz verde a la tramitación de la medida por vía de urgencia con los votos a favor del PSOE, SUMAR y sus aliados independentistas y nacionalistas, una holgada mayoría absoluta de 178 votos a favor y 172 en contra.

Sin embargo, *Junts* votó en contra de la proposición de la Ley en el Congreso el 30 de enero; la Amnistía fue rechazada por 179 votos en contra frente a 171 a favor. Ya en marzo Pedro Sánchez pactó un nuevo texto para satisfacer todas las exigencias de los partidos independentistas. El texto pasó entonces a la Cámara Alta de las Cortes Generales. El 14 de mayo el pleno del Senado aprobó con 149 votos a favor, frente a 113 en contra, el dictamen de ley de amnistía que, al incluir un veto de iniciativa, volvió nuevamente al Congreso de los Diputados.

El 30 de mayo, la Ley de Amnistía vio la luz tras la votación con el apoyo de 178 votos a favor y 172 en contra. De esta manera, se levantaba el veto del Senado y el texto quedaba ratificado tal como había aprobado el Congreso previamente.

La amnistía es una institución resistida en los Estados democráticos de derecho, porque contraría el principio de separación de poderes, toda vez que una ley emanada del Poder Legislativo borra los hechos que dieron lugar a que intervenga el Poder Judicial, que ha dictado sentencias que se encuentran firmes. Por tal motivo se trata de un tema que ocupa tanto a los constitucionalistas como a los penalistas y a los filósofos del derecho; y que también ocupa a los administrativistas, tributaristas y civilistas, conforme sean los alcances de la

tucional, política y social en Cataluña. Disposición 11776 del BOE núm. 141, Sec. I, p. 67764, martes 11 de junio de 2024.

(2) NÚÑEZ, Ricardo C., voz *Amnistía*, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. I, 1979, p. 672.

amnistía que se pretenda dictar y los efectos de esta.

En una perspectiva histórica existía la figura de la dispensa de leyes, como exención del cumplimiento de un precepto legal, concedida por la autoridad competente a una determinada persona. Desde una perspectiva más actual, la amnistía, como figura del derecho de gracia, es una derogación temporal de la vigencia de la ley penal con efectos retroactivos, es decir, un acto de contrario imperio que, en razón a determinadas circunstancias, exceptiona para el caso que define la aplicación de la norma penal para hechos ya acaecidos.

Tiene un vínculo con la retroactividad de la norma penal más favorable. Sin embargo, es un acto explícito de exoneración, mientras que la retroactividad de la ley penal más favorable es simplemente un efecto derivado de una modificación legislativa independiente, sin intención alguna de gracia, sino más bien de acomodación de la legislación penal a una nueva situación social. La amnistía es un acto o medida que excluye la antijuridicidad de unos determinados hechos.

El Dr. Ricardo Núñez señaló "...por la amnistía, el Estado renuncia circunstancialmente a su potestad penal, en virtud de requerimientos graves de interés público, particularmente por causas de carácter político, que hacen necesario un llamado a la concordia y apaciguamiento colectivo; es una medida de carácter objetivo que se acuerda *in rem*, es decir, no en consideración de la persona sino teniendo en cuenta la infracción y que beneficia a todos los que la han cometido" (2).



¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

- Desde hace varios meses la doctrina jurídica española, como así también los políticos de ese país y los periodistas especializados se encuentra enfocada en un arduo debate acerca de la Ley Orgánica 1/2024 del 10 de junio de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, promulgada en forma obligatoria por el Rey Felipe VI, conforme lo establece el procedimiento legislativo de la Constitución Española.
- Si bien la Constitución Española de 1978 contempló las particularidades de las regiones históricas, particularmente Cataluña y el País Vasco, la 'cuestión catalana' se agravó y profundizó a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2010, por la que rechazó como inconstitucional el Estatuto de Autonomía de Cataluña, situación que agravó los sentimientos antiespañoles por parte de los sectores más radicalizados que nutrieron al movimiento independentista.
- El intento secesionista de 2014 fue conjurado por el 'gobierno en funciones', de Mariano Rajoy, y los principales responsables fueron sentados en el banquillo, llevados a juicio y condenados por el Tribunal Supremo de España, algunos de ellos por los delitos de terrorismo, de traición al Estado y de sedición.

Columna de opinión

Los cryptoactivos en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil



Marcelo E. Urbaneja

5

Nota a fallo

El precedente "Ruiz" y los argumentos respecto a la falta y/o disminución del trabajo



Martín Morelli

7

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Comunicación del académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de junio de 2024.

(1) Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización insti-*

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

Continuación del A.I. de p. 1

4. La amnistía es una institución resistida en los Estados democráticos de derecho, porque contraría el principio de separación de poderes, toda vez que una ley emanada del Poder Legislativo borra los hechos que dieron lugar a que intervenga el Poder Judicial, que ha dictado sentencias que se encuentran firmes.

5. En una perspectiva histórica existía la figura de la *dispensa de leyes*, como exención del cumplimiento de un precepto legal, concedida por la autoridad competente a una determinada persona. Desde una perspectiva más actual, la *amnistía*, como figura del derecho de gracia, es una derogación temporal de la vigencia de la ley penal con efectos retroactivos, es decir, un acto de contrario imperio que, en razón a determinadas circunstancias, excepciona para el caso que define la aplicación de la norma penal para hechos ya acaecidos.

¿Cuál es el tema jurídico debatido?

El debate en España sobre la Ley Orgánica 1/2024 de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, explorando sus implicaciones constitucionales, históricas y comparativas. La amnistía desafía el principio de separación de poderes, ya que permite al legislativo anular sentencias judiciales firmes, generando preocupación entre constitucionalistas y penalistas. Se compara la situación en España con otros países, destacando casos como el de Perú y Chile, donde las amnistías fueron declaradas incompatibles con los derechos humanos. La inclusión de delitos graves y violaciones de derechos humanos en las amnistías es vista como una violación de la ética del derecho.

¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

[El BOE publica la ley de amnistía, que entra en vigor, pero esto no ha terminado: es el turno de los jueces](#)

Artículo de *Infobae* sobre la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

[Ley Orgánica 1/2024: aspectos penales de la Ley de Amnistía](#)

Artículo de *noticias.juridicas.com* sobre la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña que entró en vigor el 11 de junio de 2024.

Las amnistías tienen una lógica inversamente proporcional al Estado de Derecho entendido como limitación al poder, afectando gravemente el principio de igualdad ante la ley y el principio de legalidad en materia penal. Las amnistías, como los indultos, son derivaciones históricas del antiguo “derecho de gracia” de los monarcas y deben ser entendidas en nuestros tiempos como verdaderas excepciones al orden jurídico regular.

En nuestra opinión se trata de un instituto de emergencia que, al igual que el estado de sitio, solamente cabe aplicar en circunstancias verdaderamente excepcionales,

porque cada vez que se aplican se abre una ventana en la Constitución con las peligrosas consecuencias ya conocidas.

Los institutos de emergencia en nuestra Constitución son entonces: a) la intervención federal (art. 6º); el estado de sitio (art. 23); la amnistía (art. 75 inc. 20); el indulto y la conmutación de penas (art. 99 inc. 5); y la reforma de 1994 agregó los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3º) y la delegación legislativa (art. 76) que, de acuerdo con el texto de la Constitución, solamente pueden aplicarse en circunstancias verdaderamente excepcionales.

Etimológicamente, amnistía deriva de *amnestia*, que en latín significa olvido o perdón. El diccionario de la Real Academia Española la define como “olvido de los delitos políticos, otorgada por ley, ordinariamente a cuantos reos tengan responsabilidades análogas entre sí”.

Joaquín V. González, en su *Manual de la Constitución Argentina*, define a la amnistía como “una medida de clemencia del gobierno dictada en favor de los reos por delitos contra la seguridad del Estado, y en cuya virtud se suprime la acción pública contra ellos” (3); y, con referencia a los caracteres propios de la institución, señala:

“El ejercicio de esta facultad significa detener los procedimientos de la justicia ordinaria de la Nación o de las Provincias sobre tales delitos; y por lo tanto, podría creerse que importa dar al Congreso atribuciones judiciales, como en el caso de la facultad de indulto o conmutación de las penas concedida al Presidente, correlativa con la anterior; pero aquí se trata de un acto esencialmente político y de soberanía, inspirado en una elevada noción de la libertad y de la justicia social, y es una excepción al rigor de las leyes comunes admitida por las naciones más civilizadas” (4).

Es una facultad exclusiva del Congreso en el orden nacional y debe ser de carácter general, ya que si fuera un acto particular, se convertiría en un favor personal contrario al principio republicano y al fundamento constitucional de la medida.

Del análisis de los debates del Congreso Constituyente de 1853 no surgen elementos que permitan determinar la existencia de discusiones sobre el tema (5). Tampoco hubo debate al respecto en las Convenciones reformadoras de 1860 (6) y de 1994 (7). El texto del artículo 64 inc. 17 se mantiene, aunque con otra numeración, art. 75 inc. 20, y establece textualmente entre las atribuciones del Congreso la de “...conceder amnistías generales...”

En materia de amnistías, la Constitución Argentina se diferencia del modelo norteamericano en donde el indulto es una facultad amplia (art. II sección segunda, apartado 1º), al distinguir perfectamente entre el derecho de gracia o indulto, que se asigna al Poder Ejecutivo en el artículo 99 inc. 5º y la facultad de conceder amnistías que se otorga al Congreso de la Nación. La Constitución Nacional adoptó el antecedente de la Constitución de 1826. La Constitución de Cádiz de 1812 ya preveía la facultad de indultar como derecho de gracia o prerrogativa real.

El criterio señalado, así como la definición de ambas instituciones, ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto ha señalado:

“Que el indulto difiere de la amnistía sustancialmente en su naturaleza, en su objeto y en sus efectos. El primero significa el perdón de la pena acordado por el Poder Ejecutivo para suprimir o moderar en casos especiales el rigorismo excesivo de la ley; mientras la amnistía es el olvido de un hecho delictuoso, para establecer la calma y la concordia social. El primero extingue la pena del indultado, la segunda la acción y la pena, si antes hubiese sido impuesta, y borra la criminalidad del hecho. El indulto es particular y se refiere a determinada o determinadas personas, la amnistía es esencialmente general y abarca a todos los sujetos comprometidos en una clase de delitos. El primero se aplica a cualquier crimen y corresponde al ejercicio de facultades del P[oder] E[jecutivo], como que, sin importar una revocatoria del fallo de los jueces, por razones especiales y distintas a las que estos deban tener en cuenta, levanta la pena impuesta. Por el contrario, la amnistía es del resorte del Poder Legislativo (art. 67, inc. 17 [actual art. 75, inc. 20] de la CN), único poder que tiene la potestad de declarar la criminalidad de los actos y de crear sanciones, y el único capaz también de borrar sus efectos” (8).

La amnistía no puede recaer sobre crímenes tipificados por la Constitución Nacional, por ejemplo, la celebración de contratos de compra y venta de personas (art. 15), sedición (art. 22), otorgamiento de facultades extraordinarias o la suma del poder público (art. 29), actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (art. 36), traición a la Patria (art. 119).

Respecto de este último, la Corte sostuvo en la causa caratulada “Perón, Juan Domingo y otros s/traición”, que los beneficios de la ley 14.346 de amnistía no son extensivos al delito de traición a la Patria, ya que el art. 29 de la CN representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de su facultad de conceder amnistías (9).

En algunas oportunidades el Congreso aplicó el instituto para cuestiones no tan graves, sino más sencillas, tales como perdonar a quienes no habían cumplido con el servicio militar obligatorio, a través del dictado de las leyes 11.386 de 1926 y 11.657 de 1932, criterio luego convalidado por la Corte Suprema en Fallos 148:289 (10) y 169:50 (11).

En la última actualización de su libro *Amnistías Políticas Argentinas*, el Dr. Alfredo Vítolo señaló que, en más de 200 años de vida independiente, “hemos registrado veintiséis [26] amnistías políticas, y las hemos tenido de todo tipo: generales y particulares, con leyes y sin leyes, para civiles y militares, etc. Han comprendido delitos políticos exclusivamente, como así también delitos militares y comunes conexos con aquellos y hasta han incluido a participantes en asociaciones ilícitas bajo la apariencia de organizaciones políticas. Podemos exhibir el más amplio de los catálogos de leyes de olvido que una sociedad puede mostrar, pero nada hemos —efectivamente— amnistiado. Como dijo Carlos Pellegrini

ni en el debate sobre la amnistía de 1906: ‘ni los acusados ni los acusadores, ni ellos ni nosotros hemos olvidado nada’ (12).

En efecto, un factor esencial de la amnistía como instituto excepcional de pacificación y reconciliación es el arrepentimiento de los perdonados, algo que parece estar muy alejado en las intenciones de los independentistas catalanes.

La realidad de nuestro país puede ser puesta en análisis comparado con la situación española. En España, después del franquismo, fue sancionada una amplia ley de amnistía con fines de reconciliación y de reencuentro, al punto que Alfonso Guerra la interpretó como una gran “Acta de paz”. La transición española se caracterizó por la “desmemoria”, es decir, por mirar hacia adelante dejando atrás el pasado.

No obstante, ese gran acuerdo, concretado en sucesivas normas jurídicas, años más tarde con las asociaciones de “memoria histórica”, se pondría en cuestión la legitimidad de esa amnistía para investigar violaciones a los derechos humanos durante el franquismo, como las investigaciones llevadas adelante por el juez Baltasar Garzón que encontraron su límite en una decisión del Tribunal Supremo.

La Ley de Amnistía de 1977 fue muy sólida al responder a un momento de cambio de régimen político, al punto tal la Constitución Española de 1978, fruto del mismo acuerdo político, no incluyó en su texto la posibilidad de que las Cortes pudiesen dictar una amnistía, sino que, siguiendo una tradición proveniente de la Ley de Gracia de 1870, solo prevé los indultos individuales promovidos por el Gobierno y aprobados por el Parlamento prohibiendo expresamente los indultos colectivos. En nuestro país se planteó un debate sobre los indultos colectivos en la década de los ‘90.

Luis Jiménez de Asúa y demás constituyentes de 1931 también consideraron que la amnistía era una decisión política distinta a la potestad legislativa general, por lo que la configuraron como una competencia de las Cortes distinta a la potestad legislativa. Es una distinción que tiene toda su lógica desde la teoría del derecho: la ley es una norma general y abstracta, mientras que la amnistía solo pretende perdonar determinados delitos e infracciones administrativas a determinadas personas; no deroga ninguna norma, simplemente excepciona de su aplicación a quienes cumplen determinados requisitos.

La conclusión fue que, una vez constituido el Estado Democrático de Derecho, no existe justificación que legitime la amnistía. Esta última posición es coherente con uno de los fundamentos liminares del Estado constitucional, conforme al cual el principio de reparto cuando reza “*lo que no está prohibido está permitido*” (conf. art. 19 CN), rige para las personas, en tanto que es el principio de *limitación del poder* el que marca que los poderes públicos solo tienen las competencias específicamente asignadas. Ese principio se encuentra reflejado en el art. 9.1 de la Constitución Española.

En nuestro país, al recuperarse la democracia en 1983, se decidió en primer término dejar sin efecto la pretendida “ley de autoamnistía” promovida para sí mismos

(3) GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)”, Estrada Editores, Buenos Aires, 1897, 1ra. edición, p. 461.

(4) *Ibidem*, ps. 461/462.

(5) RAVIGNANI, Emilio. “Asambleas Constituyentes Argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación”, tomo IV, 1827-1862, Talleres SA

Casa Jacobo Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937, p. 530.

(6) *Ibidem*, pp. 1037-1059.

(7) Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

(8) CS, Fallos 165:211, sentencia de fecha 15 de julio de

1932, en autos: “Don Hipólito Irigoyen. Rechaza el indulto que le fuera acordado por el gobierno provisional de la Nación”, p. 211.

(9) CS, Fallos 247:387, sentencia de fecha 25 de julio de 1960, en autos: “Perón, Juan Domingo y otros s/traición”, p. 389.

(10) CS, Fallos 148:289, sentencia de fecha 25 de marzo de 1927, en autos: “Ministerio Fiscal c. Santiago Mas,

por infracción a la ley de enrolamiento Nº 8129”, p. 291.

(11) CS, Fallos 169:50, sentencia de fecha 6 de septiembre de 1933, en autos: “Don Luis Aisenon, causa seguida en su contra, por infracción al art. 28 de la Ley 11.386”, p. 53.

(12) VÍTOLO, Alfredo, “Emergencias Constitucionales II —Amnistía—”, Madrid, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005, 1ª ed., p. 381.

por los miembros del Proceso de Reorganización Nacional. El presidente Alfonsín posiblemente haya tenido en cuenta la poca efectividad alcanzada por las amnistías del pasado, prefiriendo priorizar como objetivo la “memoria” y la “ética de la responsabilidad” sobre los hechos cuestionados, estableciendo los tres niveles de responsabilidad después de emitir —apenas asumida la presidencia— los decretos disponiendo el enjuiciamiento, tanto de los comandantes militares como de los jefes terroristas.

Registramos una variada experiencia en este tema. María Angélica Gelli señala que a finales del siglo XX tres amnistías generaron cuestionamientos por los efectos *deletéreos* que, a su turno, se les atribuyeron desde distintas vertientes del espectro político y social. La primera fue sancionada el 26 de mayo de 1973, un día después de la asunción de las autoridades constitucionales y fue precedida de indultos por los delitos cometidos antes del 25 de mayo de 1973 que incluían “hechos políticos, sociales, estudiantiles y gremiales” y que luego serían amnistiados por la ley 20.508 (13).

El indulto a los que se llamaban a sí mismos “combatientes” e integraban los grupos guerrilleros en lucha armada en la década de los ‘70 fue firmado por el presidente Héctor J. Cámpora, con la cárcel de Devoto rodeada de manifestantes que así lo exigían; y, como consecuencia de esos hechos, también obtuvieron la libertad detenidos por delitos comunes. Al día siguiente el Congreso sancionó, por unanimidad de las dos Cámaras, la ley 20.508 de Amnistía General.

Las otras dos leyes, de “Punto Final” (23.492) y de “Obediencia Debida” (23.521), fueron derogadas en abril de 1998 y en marzo de 2001 declaradas nulas e inconstitucionales en primera instancia, bajo la fundamentación de violar los arts. 29 y 118 de la Constitución Nacional y el derecho Internacional, en un caso en el que se investigaba la identidad de una joven cuyos padres habían desaparecido en 1978. No obstante, la derogación de aquellas leyes, el Congreso Nacional sancionó el 21 de agosto de 2003 la ley 25.779, en virtud de la cual y en un solo artículo dispuso: “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521”.

Dice Vítolo en las conclusiones de su libro que, “[e]l resultado obtenido por los argentinos después de tantas amnistías ha sido contrario a lo que pretendíamos solucionar” (14), aunque se proclamara que “la victoria no da derechos” ni que no hubo “ni vencedores ni vencidos”. “Nada hemos olvidado y nos hemos debilitado como sociedad porque no hemos comprendido que, como sostenía von Ihering, *‘la fuerza de un pueblo responde a la de su sentimiento del derecho’*” (15).

Grecia tuvo éxito con su amnistía del 400 a.C. en medio de las luchas entre Esparta y Atenas, porque la misma fue excepcionalísima, constituyó un auténtico y sincero olvido, sirvió de punto de partida para un proyecto común y, además, no fue repetida por varios siglos. Roma, por el contrario, fracasó en sus amnistías, porque, cuando las dictó, lo hizo solo para soluciones políticas coyunturales y, además, las reformó periódicamente.

La amnistía no es un olvido para la solución de conflictos políticos coyunturales, sino para la construcción del porvenir político. La amplia justificación que encontró la amnistía española de 1977 no equivale a la situación actual en que el principal partido de oposición, el Partido Popular (PP), se opone y en la que los autores del acto de secesión no muestran arrepentimiento, sino que, por el contrario, existen fundadas razones para pensar que doblarán la apuesta.

Algunas opiniones muy serias, como la de Pedro Cruz Villalón (16), condenan —más allá de los argumentos estrictamente jurídicos— la falta de legitimidad de la decisión política de Pedro Sánchez de “formar gobierno” y que podría encuadrarse en la figura de la *desviación de poder*. Así como el apoyo de los siete [7] diputados de *Junts* los acerca a una “autoamnistía”, en la medida en que fueron partícipes de los hechos en cuestión oportunamente condenados por sedición por el Tribunal Supremo.

Los delitos aberrantes y violatorios de los derechos humanos no pueden ni deben estar incluidos en las amnistías. Incorporarlos significa violar la concepción ética del Derecho. El debate en el Senado de la Nación en 1875 —después de la revolución de Mitre contra Avellaneda— fijó, en estos aspectos, el criterio general y dejó claramente determinado que los delitos comunes y los actos contra la humanidad quedan excluidos de las amnistías por ser delitos que están al margen de todo tipo de perdón u olvido; y esos conceptos no han variado.

Por eso cuando se intentó incorporarlos la sociedad en su conjunto, las instituciones de la República lo impidieron. En 1973, cuando la ley 20.508 parecía superar la barrera histórica, la justicia fijó con claridad que no correspondía extender los beneficios de la amnistía a quienes se imputaban apremios ilegales para arrancar confesiones a los detenidos, aun cuando estos lo hubieran sido con motivo de manifestaciones y actos de protesta popular, ratificando lo dicho por la Corte Suprema en 1962, cuando afirmó que en las amnistías se “exclu[yen] de sus beneficios los delitos atroces, cometidos de manera inhumana, carente de relación atendible con el móvil político o gremial” (17).

Solo el “Proceso”, a través de la ley 22.924 de “autoamnistía”, incorporó veladamente los crímenes aberrantes entre aquellos delitos que se beneficiaban con la misma, pero la decisión política del gobierno constitucional elegido a fines de 1983 y la decisión del Congreso que derogó la referida ley mantuvieron la tradición legislativa. Todas las formas de terrorismo deben ser condenadas por el Estado, que debe velar por la paz social monopolizando el ejercicio de la fuerza.

En esa línea es también del caso considerar que, en el ámbito del derecho Internacional y de los tribunales regionales de derechos humanos, ha prevalecido una férrea posición de considerar ilegítimo el dictado de amnistías, cuando las mismas involucran delitos de lesa humanidad. Particularmente firme ha sido la línea sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con su sentencia en el caso “Barrios Altos” contra el Perú (18), argumentando

que tales amnistías impiden la investigación y sanción de los delitos aberrantes.

La competencia de la Corte Interamericana fue instada por la Comisión, que demandó al Perú por violación de varias disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica en consecuencia de los graves hechos atribuidos a personal del ejército peruano.

El escuadrón militar irrumpió en un inmueble ejecutando sumariamente a quince personas e hiriendo de gravedad a otras cuatro. Posteriormente el Congreso del Perú dictó una ley de amnistía por la que se perdonaba a quienes hubieran sido denunciados, investigados, procesados o condenados por violaciones de los derechos humanos entre 1980 y 1995. Declarada inaplicable la ley por una jueza de grado, el Poder Legislativo dictó una nueva ley de amnistía mediante la cual impedía la revisión judicial de la anterior normativa.

Varias asociaciones de derechos humanos llevaron el caso ante la Comisión Interamericana que produjo “recomendaciones” y, finalmente, demandó al Perú y la incompatibilidad de las leyes de *autoamnistía* con los derechos humanos consagrados en la Convención. La Corte Interamericana declaró que esas leyes carecían de efectos jurídicos y no debían representar un obstáculo para la investigación de los hechos —el derecho a la verdad— el castigo de los responsables y la apertura de reparaciones a las víctimas.

La Corte Interamericana mantuvo el criterio en el caso “Almonacid Arellano c. Chile” (19) acerca de la incompatibilidad de las amnistías en materia de delitos de lesa humanidad con los derechos reconocidos en el Tratado, en especial con la obligación de investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y condenar a los responsables de esos crímenes, aunque las amnistías se hubiesen dictado en consonancia con el derecho interno del Estado de que se trate. Este caso es además relevante, porque aquí la Corte Interamericana declaró por primera vez el deber de los jueces de los Estados Miembros de la Convención Americana para ejercer el “control de convencionalidad” sobre las normas internas.

Es del caso recordar que los casos “Arancibia Clavel” (20) y “Simón” (21) animaron el debate al desconocer los indultos concedidos en la presidencia del Dr. Carlos Menem, como así también las garantías del debido proceso en materia penal que surgen del artículo 18 de la Constitución, particularmente del *non bis in idem*, garantías que se remontan al estatuto de seguridad individual redactado por Mariano Moreno y aprobado por el Primer Triunvirato.

La sentencia del caso “Simon” del 2005 presenta ocho votos concurrentes y una disidencia. Por ella se declararon inconstitucionales las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final, considerando que se trataba de leyes de amnistía, sin ningún efecto o inaplicables a los delitos de lesa humanidad por oponerse a la Convención Americana de Derechos Humanos y al “ius cogens”. Nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires emitió una importante declaración sobre este tema.

Años más tarde, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.156 mediante la cual en un único artículo dispuso que “las penas o procesos penales sobre delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra contemplados en los arts. 6º, 7º y 8º del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, no pueden ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que se disponga”. Se trata de una ley que avanza sobre atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo en materia de indulto.

El despliegue jurídico efectuado por el Congreso de la Nación y la decisión tomada por la Corte Suprema en línea con la jurisprudencia internacional no alcanzan por sí solas para resolver las secuelas de la tragedia que azotó a la Argentina en los años ‘70 y que reconoce causas anteriores. El Estado Argentino debe algún tipo de reparación a las personas y sus familiares víctimas de las acciones armadas que emprendieron las organizaciones actuantes en el país durante esa trágica década, cometiendo actos de terrorismo que afectaron a civiles no combatientes.

Creemos que si bien lo decidido por la Corte Interamericana resguarda los derechos humanos, ello no impide que la amnistía siga siendo un instrumento excepcional, pero necesario, en casos de necesidad de pacificación o para detener una guerra interna como ocurrió con los acuerdos de Paz de Colombia, que no solamente amnistiaron a los jefes políticos de las FARC sino que también les aseguraron cupos en las cámaras del Congreso, una solución que *prima facie* aparece contradictoria con la igualdad y el principio de representación política, solo justificada por el alto objetivo de pacificar el país.

De manera que aunque en el derecho internacional hay un principio de rechazo a las amnistías, las mismas pueden darse como necesidad de pacificación en el marco de la llamada *justicia transicional*, como escenario de ponderación entre justicia y verdad, en el que son admisibles amnistías parciales bajo ciertas condiciones: si son una pieza clave para lograr el fin de un conflicto armado y/o de un sistema no democrático, si excluyen a los máximos responsables y siempre que no afecten los derechos de las víctimas a la reparación y a la verdad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador” trató por primera vez, en el marco de las negociaciones paz, una ley de amnistía otorgada tras un conflicto armado y dijo “El Estado debe asegurar que [la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz] no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador” (22).

En el ámbito de la Unión Europea no existen pronunciamientos tan claros, pero

(13) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2022, 6ta. edición ampliada y actualizada, Tomo II, p. 288.

(14) VÍTOLO, Alfredo, ob. cit., p. 382.

(15) Ídem.

(16) CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Primeras consideraciones sobre el control de la constitucionalidad de la ley de amnistía”. *El cronista del Estado social y democrático de*

derecho, N° 108-109, *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, diciembre 2023-enero 2024, Muñoz Machado director, ps. 56/59.

(17) CS, Fallos 254:315, sentencia de fecha 23 de noviembre de 1962, en autos: “Riera Díaz, Laureano s/recurso de hábeas corpus”, p. 319.

(18) CIDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, sentencia de 14 de marzo de 2001, TR LALEY AR/JUR/509/2001.

(19) CIDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”,

sentencia de 26 de septiembre de 2006, TR LALEY AR/JUR/10607/2006.

(20) CS, Fallos 327:3312, sentencia de fecha 24 de agosto de 2004, en autos: “Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa N° 2259—”, p. 3346.

(21) CS, Fallos 328:2056, sentencia de fecha 14 de junio de 2005, en autos: “Simón, Julio Héctor y otros s/pri-

vación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—”, p. 2172.

(22) CIDH, “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, sentencia de fecha 25 de octubre de 2012, pto. 318, pp. 124/125, TR LALEY AR/JUR/109653/2013.

la Comisión Europea en 2019 ha afirmado que los Estados Miembros tienen la obligación de garantizar que sus sistemas judiciales son eficaces al perseguir delitos graves como los de corrupción, eficacia que desaparece en caso de amnistía.

Una sentencia del 16 de diciembre de 2021, referente a Eslovaquia, aborda la obligación de los Estados que conceden una amnistía que los tribunales se pronuncien sobre la responsabilidad penal de los acusados (23). En ese contexto la Unión Europea puede intervenir a través del art. 82 del Tratado de Funcionamiento que regula la cooperación judicial en materia de Derecho Penal.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que toda disposición que pretenda impedir la investigación, el enjuiciamiento y, en su caso, la condena de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos es incompatible con el Convenio de Roma. Así resulta de la sentencia “Margus c. Croacia” del 27 de mayo de 2014 en la que se afirma que “...existe una tendencia cada vez mayor en el derecho internacional de encontrar estas amnistías como inaceptables, porque son incompatibles con la obligación de los Estados reconocida unánimemente de enjuiciar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos” (24), añadiendo “...incluso si se aceptara que las amnistías son posibles cuando existen algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación y una forma de compensación a las víctimas” (25); en el caso examinado no concurría ninguna y la amnistía concedida no era compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La pregunta que cabe hacerse es si se justifica una amnistía por razones similares en Cataluña. La cuestión fue sometida al análisis de la Comisión Europea para la Democracia por medio del Derecho (Comisión de Venecia) a requerimiento de la presidencia del Senado de España, que emitió Opinión sobre “Los Requisitos del Estado de Derecho de las Amnistías” en su 138ª Sesión Plenaria del 15 y 16 de marzo de 2024 (26).

En el numeral 98 señaló en cuanto al objetivo legítimo, que:

“La Comisión es consciente de las críticas [acerca] de que la proposición de ley de amnistía formaba parte de un acuerdo político para lograr la mayoría que apoyara al Gobierno. La normalización institucional, política y social de Cataluña es, no obstante, un objetivo legítimo, y no corresponde a la Comisión evaluar la proporcionalidad de la [...] ley de amnistía en relación con los objetivos proclamados. El Parlamento español, al decidir si, con qué contenido y con qué mayoría adoptar la ley de amnistía ha profundizado la división profunda y virulenta en la clase política, en las instituciones, en la judicatura, en el ámbito académico y, sobre todo, en la sociedad española” (27).

La Comisión de Venecia consideró que “en la medida en que la amnistía puede tener efectos muy divisorios en la sociedad, el Parlamento debe esforzarse por aprobarla por una mayoría calificada suficien-

temente amplia” (28). Asimismo, cuando analiza los requisitos del Estado de Derecho que son aplicables a este instituto, la Comisión señala que “[l]os procedimientos legislativos por vía acelerada no son apropiados para la adopción de leyes de amnistía, dadas las consecuencias de largo alcance y la naturaleza a menudo controvertida de dichas leyes” (29).

La doctrina española se divide entre quienes consideran que la amnistía no está prohibida por la Constitución y que, por lo tanto, las Cortes pueden legislar sobre la misma y, sobre todos los temas que no se encuentran expresamente prohibidos en razón de la primacía del Legislativo en el sistema parlamentario. Y otro sector para el cual la amnistía no es constitucional, precisamente por no estar expresamente incluida en el texto.

En un artículo reciente, Manuel Aragón Reyes, expresidente del Tribunal Constitucional, ha dicho que el principio general que se deriva de la Constitución en relación con la amnistía es el contrario del que sostienen los defensores de esta. No es que pueda haber amnistía porque la Constitución no la prohíbe expresamente, es que, para que pueda haber amnistía, esta tenía que estar autorizada expresamente por la propia Constitución como excepción a las reglas y principios generales, excepción que, por exigencias del Derecho, siempre ha de ser expresa (30).

Del otro lado Gregorio Cámara Villar, catedrático emérito de la Universidad de Granada, llega a la conclusión contraria de considerar la plena legitimidad constitucional de la amnistía (31), formando parte de la genérica “prerrogativa de gracia”, a la luz de una interpretación sistemática de la Constitución, volcando a su favor con relativa amplitud los precedentes normativos y jurisprudenciales, el derecho constitucional comparado, el derecho de la Unión Europea, las recomendaciones del Consejo de Europa y las opiniones de la Comisión de Venecia en el marco del derecho Internacional.

Para otra opinión más tajante, la decisión de amnistiar a todos los implicados judicialmente por los actos delictivos realizados para separar Cataluña de España requiere una previa reforma de la Constitución, porque esta manifestación de la clemencia estatal no se puede considerar un ejercicio de la potestad ordinaria y sí una excepción al monopolio jurisdiccional de jueces y tribunales, que solo puede adoptar la Ley de Leyes de forma expresa.

Para los constituyentes de 1978 la decisión política de la amnistía era cualitativamente distinta a las decisiones políticas ordinarias del legislador; y se necesitaba una habilitación expresa de la Constitución. En las sesiones de 1978 fueron rechazadas dos mociones para incluirla, provenientes de Raúl Morodo y de Enrique Tierno Galván. Lo que no se quiso incluir en 1978 en la Constitución por la puerta de las enmiendas no se debe incluir ahora por la ventana de una ley especial.

Para prevenirse de una eventual acción directa de inconstitucionalidad que podría plantear un número determinado de dipu-

tados o senadores, así como de recursos de inconstitucionalidad individuales es que la Ley Orgánica 1/2024 de Amnistía contiene un largo preámbulo en el que pretende argumentar las cuestiones más espinosas del proyecto, circunstancia que ha merecido una dura crítica entendiendo que es materia los jueces realizar la interpretación constitucional, particularmente acerca de la razonabilidad y de la proporcionalidad de la medida adoptada.

Para Aragón Reyes (32), la larga exposición de motivos es, realmente, un monumento de tergiversación, en cuanto que falsa, descaradamente, la doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los dictámenes de la Comisión de Venecia.

Cuando aquellas instituciones europeas se han referido a la amnistía no lo han hecho de modo genérico, sino concreto, sobre amnistías dictadas por Estados, como Francia y Portugal, cuyas constituciones expresamente lo permiten, o como el Reino Unido, donde según su Constitución, el Parlamento es soberano, lo que no sucede en España, pese a que la exposición de motivos venga a decir, asombrosamente, que las Cortes Generales son omnipotentes en el ejercicio de su poder legislativo.

Conforme al texto de la ley, los jueces y tribunales tienen dos meses para aplicar la amnistía a los procesos en trámite, a cuyos efectos deberán analizar la compatibilidad, tanto con la Constitución Española como con el derecho comunitario de la Unión Europea. Recientemente el Tribunal Supremo Español con referencia a Carles Puigdemont —quien se encuentra prófugo en Bélgica— consideró que le cabía la amnistía por el delito de “desobediencia”, mas no por el delito de “malversación”, al violar normativa comunitaria.

La última palabra la tendrá entonces el Tribunal Constitucional, en cuanto garante supremo en intérprete de la norma fundamental, al resolver las correspondientes cuestiones o recursos de inconstitucionalidad; en tal sentido Juan José Solozábal Echeverría (33), catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, en su trabajo “El Tribunal Constitucional ante la ley de amnistía”, toma nota de que hasta hace poco tiempo era opinión casi unánime que la amnistía estaba fuera del ordenamiento español, mientras que ahora se ha convertido en algo debatible. Lo que ha de dilucidar el TCE como primera cuestión es determinar acerca de la constitucionalidad de la amnistía, antes de pasar efectivamente a analizar si la Ley de Amnistía en cuestión es conforme a la Constitución.

No será una solución fácil, tal vez por eso convenga recordar la advertencia de Kant en cuanto a que la prerrogativa de gracia “es el más escabroso de los derechos del soberano”.

Bibliografía

ARAGÓN REYES, Manuel. “Los problemas constitucionales de la proposición de ley de amnistía”. *El cronista del Estado*

disponible en [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2024\)003-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)003-spa).

(27) *Ibidem*, #98, p. 22.

(28) *Ibidem*, #62, p. 13.

(29) *Ibidem*, #122, p. 28.

(30) ARAGÓN REYES, Manuel. “Los problemas constitucionales de la proposición de ley de amnistía”. *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, N° 108-109, *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, diciembre 2023-enero 2024, Muñoz Machado director, p. 13.

(31) CÁMARA VILLAR, Gregorio. “La amnistía ante el

social y democrático de derecho, Núm. 108-109, *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, diciembre 2023-enero 2024, Muñoz Machado director, ps. 10-13.

Boletín Oficial del Estado. *Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*. Disposición 11776 del BOE núm. 141, Sec. I, p. 67764, martes 11 de junio de 2024.

<https://www.boe.es/boe/dias/2024/06/11/pdfs/BOE-A-2024-11776.pdf>.

BURGUEÑO DE MIGUEL, José Antonio. “La amnistía a debate. El caso español”. *La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*, Núm. 61, 2024, pp. 80-103.

<https://www.revistalarazonhistorica.com/61-6/>.

CÁMARA VILLAR, Gregorio. “La amnistía ante el silencio de la Constitución”. *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núms. 108-109, *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, diciembre 2023-enero 2024, Muñoz Machado director, ps. 36/41.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Primeras consideraciones sobre el control de la constitucionalidad de la ley de amnistía”. *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núms. 108-109, *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, diciembre 2023-enero 2024, Muñoz Machado director, ps. 56/59.

Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) *España - Opinión sobre los requisitos del Estado de Derecho para decretar una Amnistía con especial referencia a la proposición de Ley Parlamentaria “Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña”*, CDL-AD (2024) 003-spa, Adoptada por la Comisión de Venecia en su 138ª Sesión Plenaria, Venecia, 15 y 16 de marzo de 2024.

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2024\)003-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)003-spa).

Convención Nacional Constituyente de 1994, Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, sentencia de 14 de marzo de 2001, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf.

- *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

- *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, sentencia de fecha 25 de octubre de 2012, disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf.

silencio de la Constitución”. *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, N° 108-109, *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, diciembre 2023-enero 2024, Muñoz Machado director, p. 36.

(32) ARAGÓN REYES, ob. cit.

(33) SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “El Tribunal Constitucional ante la ley de amnistía”. *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, N° 108-109, *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, diciembre 2023-enero 2024, Muñoz Machado director, ps. 182/185.

(23) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 16 de diciembre de 2021, pto. 57, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=251303&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1067156>.

(24) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Demanda núm. 4455/2010*, sentencia de fecha 27 de mayo de 2014, Estrasburgo, pto. 67, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-152821&filename=CASE%20OF%20MARGU%20C5%A0%20v.%20CROATIA%20-%20%205Bspanish%20>

Translation%5D%20legal%20summary%20by%20the%20COE%20FCHR.pdf&logEvent=False.

(25) *Ibidem*, pto. 139.

(26) Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) España - Opinión sobre los requisitos del Estado de Derecho para decretar una amnistía con especial referencia a la proposición de ley parlamentaria “Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”, Adoptada por la Comisión de Venecia en su 138ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 de marzo de 2024),

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 148:289, sentencia de fecha 25 de marzo de 1927, en autos: "Ministerio Fiscal contra Santiago Mas, por infracción a la ley de enrolamiento 8129".

- Fallos 165:211, sentencia de fecha 15 de julio de 1932, en autos: "Don Hipólito Irigoyen. Rechaza el indulto que le fuera acordado por el gobierno provisional de la Nación".

- Fallos 169:50, sentencia de fecha 6 de septiembre de 1933, en autos: "Don Luis Aisenon, causa seguida en su contra, por infracción al artículo 28 de la Ley 11.386".

- Fallos 247:387, sentencia de fecha 25 de julio de 1960, en autos: "Perón, Juan Domingo y otros s/traición".

- Fallos 254:315, sentencia de fecha 23 de noviembre de 1962, en autos: "Riera Díaz, Laureano s/recurso de hábeas corpus".

- Fallos 327:3312, sentencia de fecha 24 de agosto de 2004, en autos: "Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa N2 259—".

- Fallos 328:2056, sentencia de fecha 14 de junio de 2005, en autos: "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—".

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel. "La amnistía y el Derecho europeo". Diario La Ley, N° 10.472, Sección Doctrina, 22 de marzo de 2024.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel. "La Ley y la Amnistía". Diario La Ley, N° 10.422, Sección Doctrina, 10 de enero de 2024.

GARCÍA de YZAGUIRRE, Mónica. "Sobre la responsabilidad civil en la proposición de ley de amnistía". *Boletín de Derecho Privado de la Asociación Judicial Francisco De Vitoria*, enero 2024, núm. 4, ps. 3-15.

GELLI, María Angélica. "Constitución de la Nación Argentina, comentada y con-

cordada", La Ley, Buenos Aires, 2022, 6ta. edición ampliada y actualizada, Tomo II.

GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)", Estrada Editores, Buenos Aires, 1897, 1ra. edición.

JAMARDO, María. "El Constitucional se enfrentará a la amnistía sin precedentes: sólo dos sentencias la mencionan indirectamente". Madrid, *El Debate*, 6 de octubre de 2023. https://www.eldebate.com/espana/20231006/constitucional-enfrentara-amnistia-precedentes-solo-dos-sentencias-mencionan-indirectamente_144718.html.

LINDE PANIAGUA, Enrique. "La clemencia (amnistía e indulto) a la luz de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional y del Código Penal de 1995". *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1823, 1998, ps. 1413-1428.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=78612>.

MAS, Alberto. "Qué es la Ley de Amnistía que se publica hoy en el BOE y cuántas ha habido en España". Madrid, *El Mundo*, 11 de junio de 2024.

<https://www.elmundo.es/como/2024/06/11/666804d5fdddfefb348b458d.html>.

MASTROMARINO, Anna. "Memoria histórica del Estado y leyes de amnistía". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 2016, vol. 15, núm. 1, ps. 143-164.

DOI: <https://doi.org/10.15304/rips.15.1.3374>.

NÚÑEZ, Ricardo C., voz *Amnistía*, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. I, 1979.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "¿Amnistía como ley general?". Diario La Ley, N° 10.415, Sección Tribuna, 28 de diciembre de 2023.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "Amnistía, Constitución y justicia material". *Revista*

Española de Derecho Constitucional, año 21, N° 61, enero-abril 2001, ps. 187/206.

RAMOS TAPIA, Inmaculada - RUIZ ROBLEDO, Agustín. "¿Se olvidó la Constitución de la amnistía?". Diario La Ley, N° 10.345, Sección Tribuna, 11 de septiembre de 2023.

RANZ ALONSO, Eduardo. "La ley de amnistía, puente a la libertad, y soporte para la impunidad". *Historia y comunicación social*, 23 [2], Complutense, 2018, ps. 307-319. DOI: <https://doi.org/10.5209/HICS.62259>.

RAVIGNANI, Emilio. "Asambleas Constituyentes Argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación", tomo IV, 1827-1862, Talleres SA Casa Jacobo Peuser Ltda., Buenos Aires, 1937.

REDONDO HERMIDA, Álvaro. "La Amnistía en la doctrina del Tribunal Constitucional". *La Razón*. 10 de septiembre de 2023. https://www.larazon.es/opinion/amnistia-doctrina-tribunal-constitucional_2023091064fcf2d983dfa500018f7a92.html.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis - CASTELLANO, Pere S. "La aporética constitucionalidad del indulto". *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 50, 2022, pp. 427/455.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "El Tribunal Constitucional ante la ley de amnistía". *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm. 108-109, *La Constitución de 1978 cumple 45 años*, diciembre 2023-enero 2024, Muñoz Machado director, ps. 182/185.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 16 de diciembre de 2021, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=251303&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1067156>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda núm. 4455/10, sentencia de fecha 27 de mayo de 2014, Estrasbur-

go, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-152821&filename=CASE%20OF%20MARGU%C5%A0%20v.%20CROATIA%20-%20%5Bspanish%20translation%5D%20legal%20summary%20by%20the%20COE%2FECHR.pdf&logEvent=False>.

VÁZQUEZ SERRANO, Irene. "La amnistía: un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. El caso de España". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 39, *Actas Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos*, 2019, ps. 206-223.

<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/13957/pdf>.

VÍTOLO, Alfredo, "Emergencias Constitucionales II —Amnistía—", Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, 2005, 1ª ed.

VÍTOLO, Alfredo, "Amnistías Políticas Argentinas", Desmemoria, Buenos Aires, 1999.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2996/2024

Más información

[Philippe, Xavier](#), "Inmunidad judicial y amnistía. El papel del conocimiento y la difusión de la verdad como elemento de rendición de cuentas y reconciliación en Sudáfrica", EBOOK-TR 2023 (RJBA-106), 27, TR LALEY AR/DOC/3064/2023

[Midón, Mario A. R.](#), "Indulto, conmutación de penas y amnistías. Comentario de Toricelli, Maximiliano", LA LEY, 2023-C, 711, TR LALEY AR/DOC/1294/2023

Libro recomendado

[Tratados Internacionales, Integración y Derechos Humanos](#)
Autor: Dalla Via, Alberto R.
Edición: 2019
Editorial: La Ley, Buenos Aires

Columna de opinión

Los criptoactivos en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil



Marcelo E. Urbaneja

Presidente de la Comisión 11 (Criptoactivos) de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Académico de Número de la Academia Nacional del Notariado. Director de la Carrera de Notariado (UCA). Profesor Titular en el Doctorado en Ciencias Jurídicas, en la Maestría en Derecho Civil Patrimonial y en grado (UCA). Profesor en la Maestría en Derecho Civil (Univ. Austral). Autor de libros y capítulos de libros.

I. Introducción

En las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, dadas en Pilar en 2024, la Comisión 11, Interdisciplina, se abocó al tema de los "Criptoactivos". Me desempeñé como su presidente junto al Dr. Sebastián J. Cosola, integrando una mesa con destacados especialistas. A raíz de la ausencia de regulación orgánica y autónoma sobre la

figura (cuya necesidad, por cierto, es controvertida por la doctrina), cupo al simposio jurídico más prestigioso del Derecho Privado argentino abordar diferentes aspectos de una temática de uso creciente en la economía nacional.

A continuación, los comentarios acerca de los puntos abordados y las conclusiones aprobadas al respecto por los 21 votantes

habilitados, junto con el ángulo más relevante en todos los casos, que son sus secuelas prácticas.

II. Concepto. Su rol dentro del patrimonio. Naturaleza jurídica. La cuestión del carácter dinerario de algunas criptomonedas y su impacto en la esfera contractual

II.1. Concepto

El prenotado esencial del tópico es advertir que toda clasificación que permita distinguir especies del género es necesariamente doctrinaria y basada en el criterio que su autor pondere como útil, sin que ninguna traiga aparejadas como necesarias determi-

nadas consecuencias jurídicas: todo dependerá de su calificación por el intérprete.

Comienzo por aproximar un concepto (que no una definición). Con la denominación de "activos virtuales", la reciente ley 27.739 (de marzo de 2024) incorpora a la ley 25.246 (cuyo texto original fue promulgado en 2000) el art. 4 bis, que contiene la siguiente definición: "representación digital de valor que se puede comercializar y/o transferir digitalmente y utilizar para pagos o inversiones. En ningún caso se entenderá como activo virtual la moneda de curso legal en territorio nacional y las monedas emitidas por otros países o jurisdicciones (moneda fiduciaria)" (1).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Si bien la norma cobra peculiar sentido a través de su finalidad primordial, que desde el texto de la ley original es la regulación de la Unidad de Información Financiera y las labores atinentes al combate y preven-

ción del lavado de activos y financiación del terrorismo, no deja de brindar herramientas de análisis jurídico, máxime computando a la resolución 300/2014 de la UIF como indicativa de las prevenciones indicadas en el camino de las criptomonedas.

La doctrina elaboró también sus propuestas. Destaco, entre muchas, la que síndica a la criptomoneda como “activo digital que se construye para funcionar como un medio de intercambio y unidad de valor, aceptadas por una comunidad y existen en una blockchain” (2), o bien “una moneda digital producida por una red pública y no gubernamental que utiliza criptografía para garantizar que los pagos se envíen y se reciban en forma segura” (3). Entiéndase la referencia a la blockchain como alusiva a toda “tecnología” o “técnica” de “registro distribuido” (TRD), aunque aquella sea la más utilizada.

Hacia allí también hay una tendencia legislativa, captada en las definiciones citadas y en otras referencias normativas nacionales, que no definen al instituto, pero aluden a alguno de los múltiples sesgos que ofrece. Así, desde 2019 la ley 27.430 en lo atinente al impuesto a las ganancias establece entre los hechos imposables la enajenación de “monedas digitales”.

Realizando las precisiones jurídicas imprescindibles, al menos para calzar la figura en el ordenamiento jurídico argentino, esa representación digital o virtual debe entenderse dirigida a un “bien” en sentido amplio; es decir, en el juego de los arts. 15 y 16 del Cód. Civ. y Com., a un objeto material o inmaterial susceptible de valor económico. Así, se permite incluir a la titularidad sobre cosas, bienes u créditos de hacer (como, v. gr., cualquiera de las variantes de prestación de un servicio del art. 774, como podrían ser las emergentes de contratos típicos —contrato de servicios— como atípicos). Por ese sendero transita la convicción de poder “tokenizar” cualquier objeto susceptible de apreciación económica (4).

Por ello se dimensiona con valía la referencia de la Real Academia Española, que no define al criptoactivo, pero sí a la criptomoneda (anunciando su procedencia del inglés *cryptocurrency*), en estos términos: “Moneda virtual gestionada por una red de computadoras descentralizadas que cuenta con un sistema de encriptación para asegurar las transacciones entre usuarios”. Para el fin que me guía, que ha repercutido incluso en una de las conclusiones a que aludiré, de la misma fuente debe tomarse la definición de moneda: “Instrumento aceptado como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago”. La fraseología empleada guarda además correspondencia con los cánones económicos que destacan esa triple función de la moneda.

II.2. Aptitud para integrar un patrimonio

Una necesaria y previa calificación es ponderar su aptitud para integrar el patrimonio de las personas, sean humanas o jurídicas. El asunto no es menor, pues resulta un primer peldaño, para luego relevar el vínculo que se tiene con el objeto del mundo real o físico, particularmente en algunas variantes como los *asset-backed tokens* (respaldados en ciertos objetos) o los NFT (tokens “no fungibles”).

El primer despacho aprobado por unanimidad afirmó que “Los criptoactivos inte-

gran el patrimonio”. Se desprenden de allí varias nociones de relevancia, que ya han tenido reflejo jurisprudencial: al integrar un patrimonio y carecer de norma excluyente, ingresan dentro de la garantía común de los acreedores (arts. 242 y 743 del Cód. Civ. y Com.). Así lo entendieron algunos precedentes en la Justicia Nacional Civil al ordenar un embargo en un resonado caso (5), que reconocía un origen en la justicia tucumana al indicar la anotación de medidas cautelares (6); en la Comercial al cargar sobre el titular el error en una transferencia (7); y en la Penal, al disponer su “restitución” (8).

La cuestión se encuentra gobernada por una reflexión de recurrente aparición en las de los autores y en el seno del debate, en el que me concentro unas líneas para gravitar su impacto en toda la temática.

Es sabido que, según la clase de criptoactivo que se trate, puede en la práctica resultar imposible disponer de ellos, si la clave o código de acceso no es proporcionado por su titular. Así se aprecia en las billeteras “frías”, en donde son almacenadas las criptomonedas por las DEXs (las “exchanges” descentralizadas), o del minado hecho directamente desde la blockchain u análoga, en donde opera en los hechos un anonimato que lleva a la imposibilidad para los terceros de conocer al titular.

De allí que se prefirió aludir a la posibilidad de integrar un patrimonio antes que a encontrarse “en el comercio” (emergente a contrario del art. 234), pues de esa manera se evita que se ponga en duda ese rasgo de las criptomonedas aludidas (más allá de la evidencia de no estar prohibida su contratación por ley). En todo caso, más allá de los supuestos puntuales en donde la ley exige ciertas características en el objeto de los actos jurídicos (art. 39 de la LGS), si no puede llevarse a cabo la ejecución forzosa de los criptoactivos que han sido objeto de un acto jurídico, todo se desenvolverá en la órbita del incumplimiento civil (arts. 730, 777, 1716 y concordantes del Cód. Civ. y Com.) y eventualmente penal.

II.3. Naturaleza jurídica. Consecuencias. Impacto en la contratación

Con estas nociones consensuadas se derivó en tres alternativas, no necesariamente incompatibles, que cosecharon diversos apoyos, en aras de precisar aún más la ubicación de los criptoactivos dentro del espectro patrimonial.

Cabe puntualizar la trascendencia del asunto, pues tomar partido implica predicar de ese objeto una serie de derivaciones en las que no pueden formularse permanentes excepciones sin atentar contra la claridad del esquema postulado.

Como punto de partida, se concluyó por unanimidad que “pueden consistir en bien en sentido estricto” (hacia donde me incliné), posibilidad que no excluye que puedan también consistir en cosa no dineraria, como una posición de 7 votos sostuvo; y que en lo personal no comparto. En rigor, la dicotómica distribución entre cosas y

bienes (emanada, conforme tradición legislativa y doctrinaria pacífica, de los arts. 15 y 16 del Cód. Civ. y Com.) fuerza a optar entre alguna de esas calificaciones, aunque pudiera *de lege ferenda* sugerirse un tercer género (9), o incluso variables como la “energía” o las “fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”, que el art. 16 destaca para aplicar la normativa de las cosas.

Finalmente, con un respaldo contundente de 18 votos, se afirmó que “Algunas criptomonedas pueden considerarse dinero”. Se puso aquí sobre el tapete la disputa provocada por la adopción del bitcoin como moneda de curso legal por El Salvador en septiembre de 2021 (y República Centroafricana en abril de 2022). Doy por indiscutido, y más aún luego del DNU 70/2023, el carácter dinerario de la obligación de dar moneda extranjera, que en su tiempo sostuvieran categóricamente las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015, tema 2), con el texto primitivo y poco feliz del art. 765.

Por tanto, todo se conjuga en ponderar el impacto que se le otorgue a la decisión gubernativa salvadoreña (10). Aquel precedente abrió la puerta a las consideraciones que puntualizaban que esa criptomoneda debía considerarse moneda extranjera, lo cual desencadenaría su carácter dinerario (11).

Las proyecciones de cada una de las afirmaciones formuladas son intensas.

Si se considera a una criptomoneda como dinero, el régimen jurídico de un contrato oneroso que lo tenga por contraprestación a otra cosa (v. gr., un inmueble o un automotor), deberá considerarse compraventa, locación, etc., según los casos. Si, en cambio, se lo considera cosa no dineraria, se tratará de permuta, contrato atípico, etc.

Una de las derivaciones de este asunto será la gravitación que quepa atribuirle a la acreditación del cumplimiento del “pago” en criptomoneda.

Si no es considerada dinero (porque no se conciba ese carácter para ninguna criptomoneda o porque solo se le atribuya al bitcoin y el contrato que se analice utilice otra diferente), habrá que estarse al régimen de evicción de la permuta del art. 1174 o bien a uno análogo, al que se arribaría de considerar a esa criptomoneda un bien en sentido estricto (y, entonces, estemos en presencia de la “cesión-permuta” del art. 1614). En este caso, para limitar el efecto reipersecutorio, debería invocarse el régimen del artículo 1895 (por tratarse de cosa mueble no registrable) o, bien, el de los arts. 1816 y 1819 (por considerarla un título valor y aplicar el principio de legitimación). Si no se enanca en ninguna de esas alternativas, podría buscarse un límite (aunque más forzosamente) en el art. 2253. De lo contrario, para evitar la búsqueda de titulares anteriores, debería suponerse que la buena fe del adquirente de la criptomoneda debería consistir en la sola adquisición con el efectivo desconocimiento de

eventuales defectos anteriores; y que ello enervaría en todos los casos acciones restitutorias o indemnizatorias.

Si, en cambio, se conceptúa a la criptomoneda como dinero, se estará en presencia de una compraventa y, por lo tanto, la falta de cumplimiento del comprador no acarrearía una acción reipersecutoria contra este, dada la supresión del dominio revocable causado en esa circunstancia, que obraba en los arts. 2663 y 2668 del Código velezano, sin réplica en la actualidad (12).

II.4. Su función como objeto de los actos jurídicos y medio de extinción de obligaciones

Frente al escaso anclaje normativo para partir de bases sólidas, incluso frente a alguna ponencia dubitativa, fue menester concluir por unanimidad que “Los criptoactivos pueden constituir objeto de los actos jurídicos y medios de extinción de obligaciones”. Así se alcanza no solo al pago, sino también a otros que en el mundo negocial podrían acontecer con cierta recurrencia (v. gr., confusión, compensación, dación en pago, entre otros). También se concluyó, por mayoría firme con una sola abstención, que “Los contratos que tienen por objeto criptoactivos no revisten en sí supuestos de contratos aleatorios”, con ánimo de enervar cualquier intención de llevar las fluctuaciones de valor (menos frecuentes en las *stable coins*) al terreno de la aleatoriedad del art. 968 en los contratos onerosos. Por lo tanto, a los contratos que tengan por objeto criptoactivos se les aplicarán con diafanidad institutos como la lesión o la imprevisión.

No sorprendió la unanimidad que alcanzó la conclusión atinente a los contratos inteligentes, que en sintonía con la doctrina pacífica sostuvo que “no constituyen en sí contratos en sentido técnico-jurídico. Los mismos son una herramienta a través de la cual pueden ejecutarse contratos”.

Como corolario de este apartado, no eludo varios escollos normativos del derecho vigente que hacen difusas muchas pretensiones clasificatorias.

Si se considera al dinero como cosa fungible y consumible (con el origen en su representación material en el “papel moneda”), hay que realizar construcciones superadoras para pregonar simultáneamente su carácter de objeto inmaterial (o sea, bien en sentido estricto). Además, los bienes inmateriales no admiten predicar fungibilidad (que solamente está prevista para las cosas: art. 232), por lo que la controversia idealmente válida acerca de la fungibilidad o no de los NFT (tokens no fungibles) en el ordenamiento argentino requeriría considerarlos cosas; de lo contrario, no cabrían subclasificaciones. Además, se ha suprimido la categoría de cosas por su “carácter representativo” (aunque sigo pensando que hay regulaciones que las abrigan de manera indirecta) (13), pero en todo caso ni siquiera en el sistema abrogado podía predicarse de los bienes inmateriales. Entiendo más sencillo su inclusión como título valor, lo que desde cierto ángulo fue logrado en

(2) BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “Acerca de las criptomonedas”, *Revista de Derecho Bancario y Financiero*, núm. 43, noviembre de 2018, IJ-DXLI-773, punto 2, ¿Qué son las criptomonedas?

(3) La toma Favier Dubois (h.) de Cambridge University Press, 2019 [FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., “Naturaleza jurídica de las ‘criptomonedas’ y sus consecuencias”, 2021, elDial].

(4) COSOLA, Sebastián J. - SCHMIDT, Walter C., “El derecho y la tecnología”, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2021, t. II, p. 243.

(5) El embargo fue ordenado sobre la billetera virtual Binance. JNCiv. 77, actor: P., C. S., demandado: L. V., A.

J. sobre ejecución de alimentos, expte. 88101/2023.

(6) JCiv. en docs. y locación I, San Miguel de Tucumán, provincia homónima, expediente 1681/22, “B. c/ B.E. s/cobro ejecutivo”.

(7) CNCom., sala E, “Dupuy Cash, Tomás Alejandro c. CryptoMKT SA s/Ordinario”, 29/12/2023, TR LALEY AR/JUR/182773/2023.

(8) Ver el análisis pormenorizado del fallo en ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “Restitución de criptomonedas en el marco de un proceso penal. ¿Reversando lo irreversible?”, LA LEY, 17/11/2022, TR LALEY AR/DOC/3323/2022.

(9) Hacia donde parecen inclinarse, luego de pro-

fundos y detenidos análisis *de lege data*, COSOLA, Sebastián J. - SCHMIDT, Walter C., “El derecho y la tecnología”, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2021, t. II, ps. 71-91.

(10) Apunto, en mi visión, que para quienes adhieren al argumento bastaría para cualquier criptomoneda con la atribución de ese carácter por un solo país, sin importar si se extiende o no a otros, por lo que no atribuyo relevancia al régimen de República Centroafricana.

(11) Conf., FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., “Naturaleza jurídica de las ‘criptomonedas’ y sus consecuencias”, 2021, elDial; SCHMIDT, Walter C., “Tokens crip-

tográficos”, RCCyC, año X, número 5, septiembre-octubre 2024, ps. 291-304, particularmente ps. 302 y 303.

(12) Ver URBANEJA, Marcelo E., “Los ‘títulos observables’, las adquisiciones a non domino, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ED, diario nro. 13.931, del 08/04/2016, ps. 1 a 5.

(13) URBANEJA, Marcelo E., en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado”, Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino (dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2020, t. 4-A, p. 189 (comentario al art. 286).

la conclusión final relativa a los arts. 1850 y 1851, respecto a la que me detengo más adelante.

III. Cuestiones específicas

Mereció el interés de los ponentes el tratamiento de varios asuntos puntuales, que ya germinalmente parecen los faros que iluminarán a la figura desde el Derecho. Lo considero sintéticamente.

III.1. Mutaciones reales

La denominada “tokenización” implica la representación digital de bienes para ser incorporados a una “tecnología de registro distribuido”, siendo, reitero, *blockchain* la más conocida. En nuestro medio alcanzó interés doctrinario y algún desarrollo comercial en materia fundamentalmente de inmuebles. Se utilizan aquí los llamados *asset-backed tokens*. Sin embargo, como el objeto en cuestión (inmueble) solo existe en el mundo “off chain”, queda claro que no podría en el régimen argentino considerarse que la titularidad de un token pudiera implicar la titularidad de un derecho real sobre el inmueble. La necesaria existencia del objeto para ejercer sobre él “directamente” el “poder jurídico” (expresiones del art. 1882) excluye otras posibilidades. Ello llevó a que por unanimidad se concluyera que “El token atribuye titularidad de derechos personales”, lo que frente a las excluyentes naturalezas de los derechos subjetivos patrimoniales implica desplazar otras calificaciones (como derechos reales o incluso intelectuales para el supuesto de los NFT). La creatividad que se impone para el desarrollo comercial mueve a pensar otras alternativas con cabida certera en esa concepción, como las posiciones contractuales emanadas de boletos de compraventa o fideicomisos.

Varias de las ponencias (incluyendo la de mi autoría) pusieron a consideración *de lege ferenda* la singular valía del régimen argentino de mutaciones reales en la esfera inmobiliaria. El consenso que en los ámbitos civilista, notarialista y registralista alcanzó desde hace largo tiempo el ordenamiento nacional tuvo el eco más resonado en las recordadas XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cuya comisión de Derechos Reales, por abrumadora mayoría, así lo reconoció. De allí que no extrañe que sin votos en contrario se concluyera ahora que “No resulta conveniente reemplazar los requisitos de transmisibilidad de derechos reales actualmente vigentes por un sistema que utilice la ‘técnica de registro distribuido’”.

Concretos corolarios se desprenden de allí. La alusión a la inconveniencia revela convicciones de corte filosófico, más pro-

fundas que la mera inoportunidad. La indicación de “los requisitos de transmisibilidad” abarca a todos ellos (por lo que se postula su impotencia para suplir al título suficiente —con los recaudos pertinentes—, al modo y a la registración declarativa); más aún, no se alude específicamente a la transmisión entre vivos ni derivada, por lo que abarca las originarias y las *mortis causa*. La referencia a toda “técnica de registro distribuido” apunta a no focalizarse en la *blockchain*, frente a la posible utilización de otras tecnologías, como se viene diciendo. Finalmente, no concentrarse en materia inmobiliaria demuestra que para el resto de las cosas (tanto registrables como no registrables), e incluso los derechos, estas tecnologías son asombrosas facilitadoras, pero no reemplazos.

En lo que hace al ámbito de mayor seguridad jurídica en nuestro ordenamiento, que es claramente el sector inmobiliario, estas convicciones son el arribo del razonamiento, muy evidente, de la imposibilidad de encontrar en cualquier tecnología coberturas equivalentes a las actuales con acento preventivo que, por cierto, el Código Civil y Comercial pondera desde la “función preventiva de la responsabilidad”. Certezas como las alcanzadas a través del análisis de la capacidad, la configuración jurídica de lo pretendido por los contratantes, la comprensión del acto, la muy afamada reserva de prioridad indirecta, la función calificatoria y la anotación de medidas cautelares para enervar en sede registral el impacto de ciertas situaciones jurídicas, no encuentran correlato en estas redes o bases de datos.

Por ello, puede vincularse aquí con holgura otra de las conclusiones que, trascendiendo también del entorno inmobiliario, postuló por amplísima mayoría: “La intervención de profesionales del derecho, entre ellos el notariado, como oráculo es idónea en ciertos procesos de ‘tokenización’ de activos y proporciona seguridad”.

III.2. Defensa del consumidor

La órbita consumeril fue también natural recipiendaria de interés, con una primera conclusión en que con solamente dos abstenciones fue la disparadora del resto de los análisis. Se dijo allí que “En las relaciones de consumo que tienen por objeto criptoactivos, los *exchanges* o proveedores de servicios de activos virtuales constituyen proveedores en los términos del sistema de protección de consumidores y se encuentran obligados a garantizar sus derechos fundamentales”. Le siguió la consideración, también con respaldo contundente, de diversas conductas que, impuestas a los proveedores, toman cariz particular en materia de criptoactivos, como el derecho de información de los consumidores y la ne-

cesidad de fortalecer las políticas públicas para proteger a estos.

Concitó una polémica de interés la cuestión de la aplicación del régimen de revocación o arrepentimiento. Con doce votos favorables, dos abstenciones y siete en contra, se concluyó que “En el caso de las relaciones de consumo fuera de los establecimientos y a distancia que tengan por objeto criptoactivos el consumidor goza del derecho de revocación o arrepentimiento”. Las resistencias mayores provenían del análisis de la muy probable futilidad de esta prerrogativa del consumidor, ante la impotencia de forzar su aplicación. A estar a la lectura preponderante, a la que adherí, ello no obstaculiza la obligación de cumplir, que en todo caso se resolverá con el deber de responder de la manera adecuada (particularmente más intensa en este marco protectorio del consumidor).

III.3. Sucesiones

En este ámbito, ya aprobada la integración de un patrimonio, no fue menester abocarse a su transmisibilidad legítima o testamentaria, que resulta evidente más allá de dificultades operativas. En cambio, motivó interés el ponderar los medios para conservar los datos atinentes al acceso a la disponibilidad de los *cripto* y poder comunicarlos con eficacia a los sucesores. A nadie escapó, claro, que el posterior cambio de esos datos por el propio titular podía hacer que esa información resultara, a la postre, inútil.

Una ponencia sugería la reincorporación legislativa del testamento cerrado, como mecanismo idóneo para obrar de continente a esa información, que motivó doce apoyos, siete abstenciones y dos votos contrarios. Otra, que no resultaba incompatible con aquella, reputaba la eficacia de herramientas vigentes, como el acta de guarda (que las regulaciones notariales locales desarrollan, siempre bajo el molde del Código Civil y Comercial) y el albacea.

III.4. Aporte a sociedades

Como se anticipó, ciertas normativas, y entre ellas la societaria, exigen algunas pautas adicionales a la mera pertenencia a un patrimonio para poder ser objeto de contratos. Así ocurre para el aporte a sociedades accionarias y de responsabilidad limitada que, en seguimiento del art. 39 de la Ley General de Sociedades, deben ser “bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada”. La reticencia de los organismos inscriptorios societarios a admitir el aporte de criptoactivos emerge de todas las variables controversiales que venimos considerando. Sin embargo, debe partirse de la base evidente de su pertenencia a un patrimonio y que, por lo tanto, varias per-

sonas jurídicas pueden actualmente ser titulares de criptoactivos (de cualquier clase), más allá de la imposibilidad de considerarlos aportables al capital. El quiebre de esa resistencia normativa provino de la res. gral. 15/2024 de la Inspección General de Justicia de la Nación, que admitió el aporte de la especie de criptoactivo más utilizada en nuestro medio, las *criptomonedas*. Exigió una serie de recaudos, destacándose la exclusión de los supuestos de *minados* directamente desde la cadena (v. gr., *blockchain*) o por una *exchange* descentralizada.

Con la vocación dirigida al allanamiento de la figura en el ámbito mercantil, se concluyó por unanimidad en que “Los criptoactivos pueden ser objeto de aporte a sociedades accionarias y de responsabilidad limitada”. De esta manera se abre la consideración de aportes en otros criptoactivos si modificaciones tecnológicas facilitan su individualización, como eventualmente los ya mencionados *asset-backed tokens* o los NFT, y siempre con el norte puesto en el régimen protectorio de socios y terceros que surge de la valuación de aportes en especie, la evicción y las reglas para el aporte de títulos valores.

Incluso adviértase que la consideración de ciertas criptomonedas como dinero acarreará, entre otras secuelas, que en este ámbito deberían ser pasibles del tratamiento como tales, más allá de eventuales dificultades operativas para su valuación.

III.5. Títulos valores

Creativas ideas, a mi modo de ver atendibles, entienden posible vehiculizar en un token a un título valor. El molde proporcionado por los arts. 1820, 1836 y 1850, vinculado por otros concordantes, brinda el soporte de la actual y acertada teoría general de los títulos valores en el Código Civil y Comercial. Ello llevó a una propuesta que, luego del debate, culminó en señalar: “Resulta conveniente que los arts. 1850 y 1851 del Cód. Civ. y Com. comprendan la ‘tecnología de registros distribuidos’”. La mayoría de la comisión, conformada aquí por trece votos (con ocho abstenciones, pero sin votos en contra), encontró ponderable la idea. El texto así expresado, al que adherí, no implica pretender que esta tecnología equivalga a alguno de los “registros especiales” ni a fecha cierta (art. 1850), ni que la vinculación del código de acceso al token sea el “comprobante de saldo” (art. 1851), en ambos casos ni *de lege data* ni *de lege ferenda*. Simplemente se recibe la idea de facilitar la creación del título valor “atípico” del art. 1820 e incluso ser vehículo de la “desmaterialización” del art. 1836.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2995/2024

Nota a fallo

Contrato de trabajo

Rechazo del despido por falta o disminución de trabajo

1. - Resulta improcedente el despido en los términos del art. 247 de la LCT, ya que no se encuentra probada la grave crisis económica referida por la empleadora al momento de disponer la desvinculación, como tampoco surge acreditada la adopción de medidas concretas paliativas para evitar la situación crítica alegada y

no probada, aconsejadas para el normal desenvolvimiento de la institución, a fin de impedir que dicha circunstancia proyectara sus efectos sobre los trabajadores que no son partícipes de las crisis como, por lo general, tampoco lo son de los beneficios.

2. - Se desestima condenar a la persona física codemandada con base en su carácter de presidente de la demandada en los arts. 54, 59, 274, 279 y concs. de la Ley General de Sociedades N°19.550, ya que los incumplimientos no suponen

maniobras defraudatorias, como serían el encubrimiento de la relación laboral, la disminución de la antigüedad real o el ocultamiento de una parte de la remuneración, de las que resultan inmediatamente responsables las personas que las hicieron posibles.

CNTrab., sala X, 29/11/2023. - Ruiz, Ángel Manuel c. Guarracino, Juan Martín y otro s/Despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/163633/2023]

Jurisprudencia vinculada

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, 14/02/2023, “Cavaliere, Paula Nerina c. La Parfumerie S.A. s/Despido”, TR LALEY AR/JUR/5235/2023

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <https://www.laley-next.com.ar/> o en Preview]

El precedente "Ruiz" y los argumentos respecto a la falta y/o disminución del trabajo



Martín Morelli

Abogado (UBA). Posgrado de Especialización en Derecho Constitucional del Trabajo (Univ. de Castilla - La Mancha, Toledo, Reino de España). Ayudante de primera de Elementos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, cátedra de Juan Pablo Mugnolo (UBA). Magister en derecho del trabajo (UCES).

SUMARIO: I. Estudio preliminar: fallo de primera instancia. — II. Los argumentos de la Sala para confirmar la sentencia. — III. Conclusiones derivadas del fallo

I. Estudio preliminar: fallo de primera instancia

En primera instancia se hizo lugar a la demanda (en cuanto al fondo) fundamentando que no se encuentra probado en autos la grave crisis económica referida, por la que hubiera pasado la codemandada General Sweet SA, pero no se extendió la responsabilidad a la persona física codemandada.

I.1. Fundamentos apelación parte actora

Ambas partes apelaron la sentencia de grado, pero a los fines de este comentario solo nos interesa tratar acá la realizada por la demandada.

Dicha parte apela la sentencia y refiere —entre otras cosas— que el *a quo* rechazó la acción de despido por entender que no se han acreditado los extremos fácticos requeridos por el art. 247 LCT para considerar el vínculo extinguido por falta o disminución de trabajo; y que también consideró que en la comunicación extintiva no se encuadró a la actora en la normativa aplicable. En tal sentido manifestó en su recurso que se invocó al despedir el art. 247 LCT y la causal de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador y que —según sus dichos— había logrado probar los presupuestos fácticos de la normativa invocada como fundamento para disolver el contrato de trabajo, más aún cuando la empresa se halla atravesando un concurso preventivo ("General Sweet SA s/Concurso preventivo"; 026570/2018, en trámite ante el Juzgado Comercial 21 - Secretaría N° 42).

II. Los argumentos de la Sala para confirmar la sentencia

La Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirma la sentencia de primera instancia realizando al respecto varias aclaraciones del accionar de la demandada que son fundamentales para la determinación del caso en particular, a saber (1):

II.1. Manifestaciones amplias y genéricas sin explicar de manera correcta la situación económica que atravesaba la empresa al momento del despido

"(...) al momento en que la codemandada General Sweet SA notificó el despido del actor, tal como fuera observado en la instancia

anterior, no se ajustó a la normativa legal aplicable, sino que se limitó a manifestar que la firma se encontraba en una grave crisis económica que afecta al sector, sin hacer mención o detallar cuál sería la crisis, desde cuándo se estaría atravesando la misma o los medios que se estarían ejerciendo para sobrellevarla (...)"

II.2. Responsabilidad del empleador de acreditar supuesto que alega al momento del distracto

"(...) siendo la empleadora quien tenía la carga de la prueba para que en el supuesto resulte aplicable al caso el art. 247 de la LCT (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. y art. 155 de la L.O.), no lo ha logrado (...)"

Para ello los jueces de la Sala X establecen los elementos esenciales para utilizar la indemnización disminuida por este tipo de situación: "(...) Es dable recordar que para justificar los despidos por falta o disminución de trabajo, el empleador debe probar: a) La existencia de falta o disminución de trabajo que por su gravedad, no consienta la prosecución del vínculo; b) Que la situación no le es imputable, es decir, que se debe a circunstancias objetivas y que no hay ni culpa ni negligencia empresarial; c) Que se respetó el orden de antigüedad y d) Perdurabilidad, y que, de estar ausente cualquiera de ellos, hace indefectiblemente que deba rechazarse la posibilidad de una indemnización reducida (...)"

Finalmente aclaran que el empleador *no* acreditó el supuesto que alega al momento del distracto: "(...) desde tal perspectiva, sin perjuicio de las circunstancias a las que alude la apelante, posteriores al despido, lo relevante del caso —tal como lo destacó el magistrado que me precede— es que no se encuentra probada en autos la grave crisis económica referida, por la que hubiera pasado la codemandada General Sweet SA al momento de disponer la desvinculación del reclamante. (...)", enfatizando luego que "(...) no se ha producido en la litis prueba alguna en respaldo de la versión asentada en la misiva mediante la cual se comunicó la extinción del contrato ni, mucho menos, se han probado las medidas que haya adoptado para evitar la crisis invocada, lo cual define la suerte adversa a la revisión del fallo anterior (arts. 377 y 386 del Cód. Proc. Civ. y Com.). (...)"

II.3. El empleado es ajeno a los beneficios y a las pérdidas de la empresa

"(...) Cabe recordar que el empresario debe soportar las consecuencias que de ella se derivan, pues el negocio, que es fuente de ganancias, también determina responsabilidad en las pérdidas. En consecuencia, dado que en el caso concreto de ningún modo surge acreditada la adopción de medidas concretas paliativas para evitar la situación crítica alegada y no probada, aconsejadas para el normal desenvolvimiento de la institución, a fin de impedir que dicha circunstancia proyectara sus efectos sobre los trabajadores que no son partícipes de las crisis como, por lo general, no lo son de los beneficios (...)"

III. Conclusiones derivadas del fallo

El fallo sobre el cual se desprende el presente comentario viene a ratificar lo que la mayoría de la jurisprudencia y doctrina a nivel de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sostiene: no se aceptan las razones económicas, falta o disminución de trabajo y/o fuerza mayor al momento de poner fin una relación laboral, ya que es de casi imposible cumplimiento por parte del empleador de las causales que le eximan de tal situación, especialmente, la de probar que la situación no le es imputable (es decir, que se debe a circunstancias objetivas y que no hay ni culpa ni negligencia empresarial).

¿Podría haber cambiado la resolución del caso en cuestión si la empresa detallara acabadamente la situación que estaba pasando y cumpliera con todos los requisitos que exige la ley? A mi entender, no; ya que entra a jugar una cuestión muy importante en todos estos procesos: el riesgo empresarial.

Mi tesis de *magister* se tituló "Las crisis económicas en la Argentina y su repercusión en el instituto de suspensión del contrato de trabajo por razones económicas, falta o disminución de trabajo y/o fuerza mayor: la crisis del 2001 y la originada con motivo del COVID-19" (2) y si bien se relaciona con la suspensión, puedo traer a colación una de las conclusiones que de ella obtuve y que es aplicable al presente caso: *el riesgo empresarial es un término vacío en Argentina* (3).

Para así concluirlo, he expresado que: "(...) Todo negocio implica un álea o ries-

go para quien lo lleva adelante, pero ese álea o riesgo en la Argentina tiene un mayor peso o, en otras palabras, es un riesgo en sí mismo: es sabido que poner un negocio en este país implica que la seguridad jurídica no es total, que las crisis económicas son constantes, que la inflación ataca mes a mes, entre muchas otras cosas.

"Las fronteras de la previsibilidad, según las reglas generales en la materia, han sido ya expuestas más arriba: se trata de una previsibilidad racional, lo que razonablemente es posible prever de acuerdo con las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Una previsión normal, concreta y racional, por lo que se hallaría fuera de ella cualquier acontecimiento respecto del cual no existiera una razón particular para comprender que el mismo se fuera a producir. Sin perjuicio de ello, *ut supra* también se dijo que el empleador debe estar alerta a la marcha del mercado, de modo de estar preparado para ir adaptándose al mismo cuando las condiciones así lo exijan, con lo cual el empresario argentino debe vivir alerta porque así lo estiliza el mercado.

"(...) el término "riesgo empresarial" existe y se pone de manifiesto en libros y doctrina, pero no se condice con la realidad del país y, peor, no puede hacerse recaer el peso de ese riesgo sobre la parte más débil de la relación de trabajo, como es el empleado, teniendo en cuenta —además— de que no fue beneficiado por las ganancias que la empresa tuvo en las épocas de prosperidad (...)"

Así las cosas, será bastante difícil que, conforme sigue evolucionando la situación económica del país, la jurisprudencia de la Cámara Nac. de Apelaciones del Trabajo mute a aceptar casos como el que se reseña aquí, más aún cuando es difícil que el empleador esté pendiente 110% de cada paso que da, para evitar luego que la justicia también lo entienda así y, además, *no le sea aplicable* el "principio" por el cual "el trabajador es ajeno a los beneficios y, por ende, también a las pérdidas de la empresa"; no descarto de que pueda aparecer un caso concreto que lo admita, pero formar mayoría jurisprudencial, lo veo difícil.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2997/2024

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Todos los argumentos que se van a destacar a continuación pertenecen al voto del Dr. Daniel E. Stortini, que se convirtió luego —al adherir el Dr. Gregorio Corach al mismo— en el voto de la Sala en este expediente.

(2) Defendida y aprobada el pasado 30 de mayo de 2023.

(3) En el trabajo he buscado demostrar también que

ha mutado con las crisis constantes del país, lo que debe ser tenido en cuenta también por la justicia al evaluar casos concretos relacionados al instituto objeto de análisis, ahora que la pandemia COVID-19 vino a asestar esta vez también a todo el mundo otro golpe a la endeble economía del país.

Edictos

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. PEDRO LUIS MANTILLA BOSCAN de nacionalidad venezolana

con DNI: 96.231.492 según el expediente "MANTILLA BOSCAN, PEDRO LUIS s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 15885/2024. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar

a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días

Buenos Aires, 5 de noviembre de 2024
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 21/11/24 V. 22/11/24

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Jonathan A. Linovich
Ana Novello
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e.I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreuterslaley

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

TRLaLey

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención al cliente:

0810-266-4444