

Hacia una Regulación Inteligente de los Smart Contracts

Por Gonzalo Revilla Cornejo

Si la premisa fundante de este novedoso y novel formato contractual¹, pretende sustentarse en que el “errar es humano”, y que mediante este software autoejecutable se intentaría eliminar el factor humano, se llegaría a efectos y lugares no deseados².

Un algoritmo es lógica pura, mientras que en toda decisión humana se le suma inteligencia emocional, intuición y creatividad. Lo sensato sería sacar lo mejor de estos dos mundos: automatizar las cuestiones de mera lógica y de procesos, dándole la mayor fluidez y celeridad posibles a las transacciones, y en los casos más complejos, circunstancias sobrevinientes no previstas o exógenas a las Partes³, reservar su análisis y decisión final al Organismo administrativo o jurisdiccional que se defina.

El Smart Contract nace y se ha desarrollado en la Red de Redes⁴, donde prima la libertad y la celeridad como valor supremo incuestionable. ¿Es posible regularlo? ¿Es necesario hacerlo? Soy de los que entienden que sí, que la libertad nunca es absoluta, y que la celeridad e inmediatez pueden generar errores, imprecisiones, y –finalmente- injusticias.

Es sabido que la falta de regulación, como la defectuosa o invasiva del negocio o Empresa, es letal y absolutamente contraproducente a la actividad que se pretende controlar. Si queremos que este formato contractual se afiance y se expanda, deberemos diseñar un traje a medida, y para ello –quienes redacten este marco regulatorio, deberán comprender su funcionamiento. Este es uno de los desafíos, a futuro en nuestro País, y en el resto del mundo, cooperando, compartiendo información y coordinando regulaciones, para lograr una uniformidad regulatoria. En este sentido, sería altamente recomendable que Organismos internacionales como Naciones Unidas (ONU)⁵, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y/o la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), establezcan los presupuestos mínimos y principios rectores de este “documento vivo”, que son los smart contracts.

Se han dictados diversas normas regulatorias en Países como Estados Unidos⁶, Inglaterra, Francia⁷, Australia⁸, Canadá⁹, Sudáfrica¹⁰ o China, ésta última conformando un Tribunal especializado –el Beijin Internet Court- para resolver estos temas¹¹.

En nuestro ordenamiento jurídico Argentino, todavía no contamos con una legislación específica y a medida, pero sí se ha legislado sobre la firma digital¹², y la firma electrónica¹³, y contamos con conceptos y principios jurídicos como la Autonomía de la voluntad¹⁴, la protección de datos personales¹⁵, delitos informáticos¹⁶, La ley de Defensa del Consumidor¹⁷, la evasión/elusión/fraude fiscal, y normas imperativas o de orden público¹⁸ sobre acceso a la Jurisdicción y tutela judicial efectiva, prevista en el Art. 18 de la Constitución Nacional¹⁹ y Tratados Internacionales²⁰. Así también, y vinculado a los Contratos de adhesión o cláusulas predispuestas, se encuentra previsto el Abuso de Derecho²¹ y objeto ilícito²². En materia procesal, los Jueces, en forma progresiva han comenzado a aceptar prueba de naturaleza tecnológica o digital.

Es cierto que el formato contractual tradicional en soporte papel, tiene cierto carácter pétreo y estanco, y solo modificable por adendas firmadas entre las Partes. Claramente la velocidad y cambio sistémico actuales, necesita de este dinamismo y vitalidad de los Smart Contracts, más aún con este new normal pos-Pandemia, No se trata de una foto aislada y estanca, sino del inicio de una película, en la que – de darse todas las circunstancias favorables para que las Partes (Public Key) cumplan con el rol previsto y las obligaciones asumidas en tiempo y forma- tendrá el final feliz por todos buscado.

Pero esto –nobleza obliga advertir- puede no darse, toda vez que no podemos predecir el futuro y la ocurrencia de desvíos de las pautas contractuales, o exógenas y nula responsabilidad de las Partes, cómo fue el caso de la pandemia. Esta contingencia no podría haber estado prevista por el algoritmo o software hardcodeado, ni –mucho menos- automatizarse.

Podría también producirse un error por parte del Programador, y que podríamos llamar como falla de fábrica u origen. Que responsabilidad tendrán el desarrollador del sistema o del algoritmo, en caso de error de programación²³?

Quien responde en caso de jaeo, será acaso el Organismo autónomo descentralizado (DAO)? Se le podrá exigir constituirse como persona jurídica? Deberá contar con un domicilio legal en las jurisdicciones donde opere? Sería razonable y exigible que el DAO cuente con una póliza de caución que cubra estas contingencias?

Para dar una respuesta a estos interrogantes, es imprescindible analizar y definir dos cuestiones neurálgicas:

i) Jurisdicción y Ley aplicable, que en cuestiones estrictamente económicas puede ser prorrogada, pero que en asuntos de orden público, como ser delitos penales o tributarios²⁴, la Jurisdicción deberá ser del País donde se cometió la violación al orden público. Podrá preverse Tribunales arbitrales, pero el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, no sería renunciable, que estos organismos colegiados no poseen Imperium, viéndose imposibilitados de ejecutar sus laudos o decisiones.

ii) Enforceability u obligatoriedad/ejecutividad. Los Smart Contracts, como he señalado son autoejecutables sin intervención humana (sostengo que no pueden automatizarse las cuestiones de mayor complejidad), pero –tranqueras afuera- no tienen fuerza ejecutoria por sí mismos, en los ordenamientos jurídicos donde no se ha dictado legislación específica. Para graficarlo con un concepto acuñado en estos tiempos: se necesita “Empoderar” al Smart Contract, en los distintos Países del orbe, para su plena efectividad legal y procesal. No descarto, como ya he dicho, que los presupuestos mínimos sean dictados por un Organismo Internacional, con prestigio en esta materia,

Como sabemos, lo inteligente no es la herramienta, sea éste un Contrato o un teléfono de última generación, somos los usuarios u operadores los que les tenemos que cargar de sentido, y sacarle el mejor provecho posible a estos nuevos formatos y tecnologías. En este sentido, lo que recomendable sería trabajar colaborativa y acieadamente con el

programador del Algoritmo o DAO, para maridar el lenguaje informático y jurídico²⁵, utilizando los Split contracts, que prevén una versión por escrito de los remedios en caso de conflicto o incumplimiento.

Finalmente, sostengo que habrá que regular lo mínimo y estrictamente necesario para que los cambios, la evolución, los nuevos negocios, empresas y tecnologías se expandan y desarrollen con total normalidad, pero protegiendo a la parte más débil en toda relación comercial, evitando la Comisión de delitos y fraudes económicos o tributarios, en síntesis: que la justicia -en cada caso- prevalezca.

1 Hay quienes entienden que sería una aplicación informática eficiente u obediente, y no un contrato. En lo personal entiendo que si el acuerdo de voluntades se encuentra acreditada, si lo es.

2 Pero si se me permite la digresión, sería altamente recomendable para las decisiones administrativas en el Sector Público, potenciando la actividad reglada y minimizando la discrecionalidad, que suele ser caldo de cultivo de la arbitrariedad.

3 Podría citarse el Caso fortuito o Fuerza Mayor, el Hecho del Príncipe (el aislamiento social obligatorio o cuarentena), o la teoría de la Imprevisión (Art. 1091 del CCyCN).

4 Que corre en la Plataforma de Tecnología Blockchain, que utiliza un sistema de archivos concatenados y algoritmos encriptados.

5 Departamento de Ciencia, Tecnología y Sectores de Producción.

6 El blockchain technology Act, vigente en California, Colorado, Illinois y Nueva York.

7 Reformó su Código Civil en el 2016, incorporando la firma electrónica con criptografía asimétrica.

8 Dictó una norma específica: la electronic Transaction Act, en el año 1999.

9 Aprueba la Uniform Electronic Commerce Act, en el año 1999.

10 Dicta la Electronic Communication and Transaction Act, en el año 2001.

11 Desde el año 2016 viene funcionando, y hasta el año 2018 recibió 14.000 Demandas.

12 Prevista en la Ley 25.506, 27446 y Decreto 182/2019.

13 Arts. 1106/8 del CCyCN.

14 Arts. 288/988/985 CCyCN.

15 Actual Ley 25.326, que no prevé un proceso incidental de protección y prevención de daños.

16 Contamos con un antecedente jurisprudencial del 21 de Noviembre del año 2018, Autos "PHM s/Defraudación en concurso real" (Exped. Nro. 40.134/2017, que tramitara en la Sala 3 de la Cámara Criminal de la Provincia del Chaco.

17 Ley 24.240. Como dato de color, esta normativa tutelar del Consumidor, regula el tamaño de letra en los Contratos y avisos publicitarios. ¿Cómo podría conciliarse con un código encriptado?

18 Art. 12 del CCyCN: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considerará otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir".

19 Comprende e integra tres aspectos: i) la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales; ii) De obtener una sentencia fundada, en un tiempo razonable; iii) Su ejecutoriedad o cumplimiento.

20 Art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, con rango constitucional en virtud de lo establecido en el Art. 75, inc.22, donde se reconoce a toda Persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías, por un Juez o Tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la Ley.

21 Arts. 986/988 CCyCN.

22 Art. 958 CCyCN.

23 Responsabilidad por vicios ocultos, previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico en el Art. 1051 del CCyCN.

24 La Ley 27.430, de impuesto a las Ganancias, incluyó a las "monedas digitales", como hecho imponible. También debe ser declarado como Bienes Personales.

25 No olvidemos que el ideólogo de estos Contratos en los años 90, Nick Szabo, reunía la doble condición de analista de sistemas/criptógrafo, y abogado. Hoy debemos replicar este formato.