



Acceda **sin cargo** al portal de noticias jurídicas **TRLaLey**, escaneando el siguiente **código QR**.

Smart contracts, criptomonedas y el Derecho

Hugo A. Acciarri (*)

SUMARIO: I. Los juristas y las tecnologías disruptivas.— II. El encuadre y regulación jurídica de los criptoactivos.— III. La cara oscura y la cara luminosa de la tecnología, y el rol de los juristas.— IV. Más que conclusiones, algunas conjeturas y sospechas.

➔ La tecnología de *blockchain* excede a las criptomonedas y permite explorar otras opciones. Como cualquier otra tecnología, no puede pensarse que sea el extremo final del desarrollo y preferible a todas las otras. No obstante, hoy, circunstancialmente y dado el estado del arte, parece proveer ventajas comparativas interesantes respecto de sus posibilidades alternativas.

I. Los juristas y las tecnologías disruptivas

Quizás el rasgo que mejor caracterice la actitud de los juristas(1) frente a la innovación sea poner el énfasis en sus peligros. A primera vista, esta actitud podría considerarse razonable. En la división social del trabajo, puede pensarse, a los juristas les toca un papel muy especial en la defensa de ciertos valores sociales. Y deben cumplirlo a través de un instrumento definido: el ordenamiento jurídico, cuyo contenido redactan o sugieren, interpretan y aplican. Asesoran sobre sus efectos y sus posibilidades. En caso de controversia, lo emplean para defender la posición de quien requiera su servicio si trabajan de abogados, deciden cuál es su aplicación correcta si offician como jueces o explican cómo se debería decidir, si son académicos. Por esa asignación de tareas, la misión de los juristas recordaría a la de centinelas o gendarmes: ante las novedades, deben poner su atención en los peligros, no pensar en las ventajas. Como asesores o consultores de políticas públicas; y quizás, también, como académicos, deberían limitarse a advertir los peligros y a aconsejar qué medidas adoptar para evitar o paliar tales riesgos.

El problema de esta idea es que cada medida que procure aventar peligros casi seguramente introducirá una restricción a la actividad novedosa y por lo tanto, si es eficaz,

limitará sus riesgos pero también reducirá los beneficios que proporcione a la sociedad.

Advertir esta última relación no tiene, en sí, nada de original. Al contrario, expuesta de este modo tan esquemático podría formar parte de la clase inicial de cualquier curso de *Derecho y Economía*. Sin embargo, en el caso de ciertos resultados de la innovación aparece una particularidad interesante: mientras que tecnologías conocidas y consolidadas (la escalera, las armas de fuego, los automóviles) a través de un largo tiempo de empleo, sedimentariamente revelaron la mayoría de sus costos y beneficios, las virtudes y defectos de ciertos productos tecnológicos se mantienen ocultas y muy lejanas aún a ese sentido común, que es el instrumento básico de los juristas para este tipo de evaluaciones. Luego, ante la ignorancia, si predomina un sesgo conservador, enfocado únicamente hacia los peligros, las propuestas de los juristas impedirán que la sociedad pueda captar todos los beneficios de la innovación. Si, en cambio, los riesgos son tan enormes como para que aun ese sesgo de prudencia los subestime, podrían darse propuestas regulatorias demasiado tímidas, e igualmente ineficientes para lidiar con peligros semejantes.

Adicionalmente la ignorancia sobre los componentes de esos peligros podría conducir a medidas muy ineficaces. Medidas que, por más correcta que fuera la evaluación de costos y beneficios sociales que las motive, no logren acertar con los mecanismos adecuados para producir los efectos deseados.

También podría pensarse que aunque los juristas ignoren esos detalles, los mecanismos institucionales involucran otras instancias profesionales, a cargo de ingenieros o economistas, por caso, que repararán los errores. Que evaluarán más correctamente y corregirán las medidas restrictivas propuestas para que operen eficientemente.

Desgraciadamente, esto no es sencillo y, a veces, ni siquiera es factible. Las medidas normativas (normas que imponen prohibicio-

nes, sanciones, responsabilidades e indemnizaciones, etc.) y sus efectos no son *commodities* que puedan recortarse en términos puramente cuantitativos. Si los juristas aconsejan prohibir, por ejemplo, cierto tipo de plataformas de compra y venta; y amparar dicha prohibición con penas de 10 años de prisión, pero los ingenieros o economistas consideran que la relación costo-beneficio social de ese producto requeriría solo que el sector se reduzca a la mitad, no será una buena idea reducir la pena a 5 años, asumiendo alguna elasticidad ingenua, para lograrlo. El efecto real de las medidas jurídicas no opera de ese modo.

La cuestión es todavía más ardua cuando el problema afecta a modalidades, propiedades particulares o componentes de una actividad más que a su mera magnitud bruta. Supongamos que los decisores públicos concluyen que lo indeseable no es el producto de una tecnología en sí, sino ciertos detalles de la actividad que la emplea. Que no es mala, por ejemplo, la circulación de una criptomoneda, ni la magnitud del intercambio, sino solo cierto problema de seguridad, privacidad u opacidad de su operatoria, y que ese problema tiene una solución informática factible. Luego, podría recurrirse a juristas para que diseñen los mecanismos institucionales para evitar los males sin afectar los efectos virtuosos de esa tecnología. Por ejemplo, se podría intentar prohibir aquel aspecto indeseable del diseño de los algoritmos basales y obligar a un diseño alternativo, que no los contenga. El problema, en este caso, es que los detalles de diseño de las medidas normativas (competencia, legitimación, recurribilidad, gratuidad u onerosidad de procedimientos, etc.) también constituyen factores relevantes para la efectividad real (y "micro") de esa medida.

Existen correlaciones entre propiedades o aspectos particulares de la regulación y rasgos igualmente particulares de la materia a regular. Por ejemplo, es sabido que ciertas normas supletorias modificarán drásticamente los resultados del mundo real, como ocurre, por caso, cuando es técnicamente po-

sible optar por una fuente de energía u otra. Ante la falta de decisión expresa del usuario, una de aquellas deberá considerarse, en las normas, la opción *por defecto*. Que sea una u otra no suprimirá el derecho de elegir la restante, pero esa decisión normativa impactará muy fuertemente en lo que ocurra en el mundo real(2).

Todavía, cuando se trata de decisiones "gruesas", entre alternativas integrales bien definidas, como las del ejemplo, la cuestión parece sencilla. Pero en el mismo sentido, el mero derecho a prestar consentimiento para cualquier aspecto de detalle (por ejemplo, para adherir a una mayoría de usuarios de una *blockchain*, en ciertas condiciones) no tendrá idénticos resultados si la opción por defecto es el "sí" o el "no" y tampoco si la dificultad relativa para elegir la contraria a la supletoria, es mayor o menor. Una imaginaria regulación jurídica de los detalles de diseño de una *blockchain*, en consecuencia, se enfrentaría, entre otros, a una cantidad enorme de dilemas de esa clase.

Algunos problemas de complejidad que resultan de la interacción aislada y secuencial de diferentes especialidades en la regulación de la innovación son bastante fáciles de advertir. Supongamos que en una secuencia de esa clase primero se estudia la factibilidad técnica, luego la jurídica y finalmente la económica de ciertas exigencias que se podrían imponer al desarrollo de alguna tecnología informática.

Los expertos informáticos deberían informar únicamente sobre factibilidad técnica de diversas opciones y abstenerse de evaluar los aspectos jurídicos y comportamentales implicados. Idealmente deberían listar todas las posibilidades para que, en una secuencia posterior, los juristas y economistas dieran el visto bueno a la mejor.

Los juristas —juristas de formación tradicional—, por su parte, podrán hacer su tarea, pero sabrán poco sobre las consecuencias reales de las posibilidades que los convocan,

DOCTRINA. Smart contracts, criptomonedas y el Derecho

Hugo A. Acciarri 1

BIBLIOGRAFÍA. PROMETEA. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas

Autor: Juan G. Corvalán. Comentario: Demetrio Alejandro Chamatropulos..... 7

NOTA A FALLO

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el buen uso del precedente

Sergio M. Barotto y Ricardo A. Aparicián..... 8

JURISPRUDENCIA

DETERMINACIÓN DE COMPETENCIA. Garantía de juez natural. Causa que corresponde al fuero Federal de Rosario, Santa Fe. Delito de defraudación. Sentencia que introduce hechos no comprendidos en la conducta respecto de la cual se juzga a los imputados. Pautas para el buen uso de precedentes de la Corte Suprema (CS)..... 7

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. Sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 755 del Código Aduanero y del decreto 793/2018. Derechos de exportación. Aplicación de pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia. Inexistencia de arbitrariedad. Falta de fundamentación de la causal de gravedad institucional (CFed. Comodoro Rivadavia) 11

sobre su eficacia y eficiencia. Como esa evaluación quedaría deferida a la instancia ulterior e independiente, deberían opinar sobre todos los componentes del listado de opciones, la mayoría de las cuales será finalmente desechada.

En la hipotética tercera instancia, finalmente, economistas —incluidos, economistas comportamentales— podrían informar sobre los aspectos que conocen.

El proceso no parece, por cierto, demasiado eficiente. Pero las complejidades no se agotan aquí: frente al listado, tanto los juristas, cuanto los economistas, podrían advertir que, más que una opción individual y aislada de las incluidas en el listado, *un conjunto* de tales modificaciones, aplicado simultáneamente, sería preferible. Ese conjunto, esa variación plural y simultánea, como tal, no formará parte del listado original y su factibilidad informática será desconocida. Puede ser factible modificar A y también modificar B, pero quizás no A y B a la vez. Luego, cualquier innovación de esta clase, que parece deseable, retrotraería la secuencia al primer paso.

Este modelo secuencial, aunque caricaturizado, no es completamente ficticio en la administración del Estado. Sin embargo, en la realidad, suele “lubrificarse” a través del sentido común, que juega como interfaz de esas relaciones entre funcionarios profesionales. En los procesos reales de ese tipo, cada profesional sospecha, con apenas su buen sentido, que ciertas posibilidades no pasarán el filtro de algunas de las restantes especialidades relevantes. Un informático no propondría la electrocución de personas que realicen tales o cuales acciones, aunque sea técnicamente factible y un jurista no informaría seriamente sobre la eficiencia de utilizar bombas atómicas para eliminar cucarachas. El problema, frente a la innovación, es que en este tipo de escenarios no es posible echar mano a ningún sentido común consolidado —que aún no existe— que preste auxilio para acotar el espectro de opciones.

La evidencia, los resultados reales que se sigan de cada decisión normativa o interpretativa, desgraciadamente, tampoco son *la bala de plata*. Luego de implementada una política normativa, podrían evaluarse y medirse sus resultados; y será muy útil, por cierto, hacerlo. No obstante, dado que se trata de conocer el efecto de un factor complejo (la medida normativa está integrada por muchos segmentos diferenciados) respecto de otro de iguales características (por ejemplo, el tráfico de una criptomoneda presenta grados de complejidad obvios y segmentos igualmente distinguibles), no bastará advertir que algo falló, para comprender cuáles son los componentes de la primera que hay que modificar para evitarlo. Los datos agregados crudos, sin una teoría que los apoye, no permiten establecer esa relación causal, que por cierto es más “fina”. Los tiempos que demandaría este tipo de estrategia de ensayo y error (sancionar leyes, esperar resultados, medir, corregir algo, probar de nuevo, etc.), por una parte, muchas veces serán difícilmente tolerables. Por otra, lo que es aun peor, la velocidad de ajuste de esta estrategia puede ser inferior a la velocidad del cambio tecnológico. Si eso ocurre, cuando ajustemos nuestros mecanismos legales y reglamentarios para acertar el disparo, el blanco ya no estará allí o ya no será el mismo blanco.

En definitiva, las relaciones subyacentes, es decir, aquellas que vinculan las decisiones jurídicas con la conducta humana y con los resultados en el mundo, y sus problemas, no son originales. La novedad se dispara cuando se dan ciertas cuestiones de magnitud y de calidad que hasta el momento no eran las usuales. Dentro de las principales, una es la *magnitud y calidad de la influencia* de ciertos productos tecnológicos en la vida de las personas. Otra, la *magnitud de la velocidad de cambio* de estas tecnologías, que afecta a la adaptación de los usuarios y a la posibilidad de que se sedimente cualquier sentido común que opere, como tradicionalmente lo hizo, como instrumento de evaluación y recurso intuitivo para la decisión de los juristas.

Los instrumentos normativos también constituyen una tecnología. Lidar con ciertas conductas humanas —en este caso las que emplean, se benefician o se perjudican con la tecnología digital—, como se insinuó, exige un grado importante de refinamiento. En la tercera sección intentaré justificar, someramente, por qué podemos esperar que la actitud que adopten al respecto incidirá significativamente en el rol social que jueguen los juristas. Intentaré mostrar que cierta actitud, derivada de una correlativa formación, desfavorece la utilidad social de sus servicios y hace que la relevancia social de los juristas tienda a ceder, en beneficio de otras especialidades, a un ritmo más acelerado de lo que muchos suponen. Y que hay varios ejemplos de tecnología de esta clase —disruptiva— que son terrenos donde se está librando esa contienda.

En la segunda sección, en cambio, me referiré muy sintéticamente a la reacción más tradicional de los juristas frente a un sector particular de esa disrupción tecnológica: los llamados criptoactivos, criptomonedas, monedas virtuales o divisas virtuales (términos que, en adelante, utilizaré indistintamente, salvo cuando correspondan distinciones), su tecnología subyacente, el *blockchain* y más generalmente, los contratos inteligentes, integran ese territorio y serán el caso que servirá para esos breves comentarios.

II. El encuadre y regulación jurídica de los criptoactivos

II.1. El discreto encanto de buscar una naturaleza jurídica

Ante innovaciones que se apartan de modo significativo de lo conocido (para referirme a ellas utilizaré el término “disruptivas”), la alarma inicial de los juristas suele ser de orden conceptual y se plasma en el intento de categorizar ese nuevo fenómeno, decidir cuál es su “naturaleza jurídica”. Esa búsqueda puede seguir cursos bastante diferentes.

Uno, es clásico y —por cierto— muy poco defendible. Consiste en pensar que la naturaleza jurídica de las instituciones es algo que está *en algún lugar*, algún *topos uranos*, y que los seres humanos podemos captarla por algún tipo de percepción intelectual, sin referencia especial a ordenamiento positivo alguno. Da por sentado que tienen existencia propia las esencias de “contrato”, “delito”, etc. y que, cuando queremos saber si algo corresponde a alguno de esos arquetipos, basta con verificar si nuestro candidato posee su esencia. Si una ley calificara de “contrato” o “delito” a algo que no contenga la esencia correspondiente —alegarían quienes piensan así—, simplemente sería

errónea. En esta línea no es extraño leer a autores que critican a un cuerpo legal o al ordenamiento jurídico de tal o cual país por ese tipo de razones.

La opción rival parece mucho más modesta y consiste, simplemente, en verificar si el fenómeno candidato presenta las propiedades que el ordenamiento positivo que nos interesa (en nuestro caso, el argentino) requiere para considerarlo, por ejemplo, un contrato o un delito. Una vez aclarada esa cuestión, se seguirá cuáles son las consecuencias jurídicas aplicables a ese fenómeno.

Esta tarea, no obstante, se enfrenta a problemas muy serios. Supongamos que nuestro interés consiste en saber si ciertos fenómenos novedosos⁽³⁾ son, por ejemplo, instancias de “delito”, de “contrato” o de “moneda”, recurriendo a lo que dispone al respecto un ordenamiento positivo preexistente.

Imaginemos, por caso, que ese ordenamiento adscribe a todos los fenómenos que tienen la propiedad *x* o *y*, la categoría *C* (sea “delito”, “contrato”, “moneda”, etc.). Pero en cambio, si presentan la propiedad *w* o *z*, le asigna la categoría *D* y no la *C*.

Los ordenamientos jurídicos son obras humanas y como tales, no tienen por qué presentar ningún tipo de perfección, ser exhaustivos, consistentes, ni adecuadamente previsores del futuro. Por ese motivo, podría darse, casualmente, que, al momento de redactar las normas correspondientes, algunos de los fenómenos que presentaban la propiedad *x*, tuvieran también la propiedad *y*, pero que ninguno de los que presentara la propiedad *x* o *y* contuviera también la propiedad *w* o la propiedad *z*. Si esto fue así, las categorías, las “naturalezas jurídicas” que creó el ordenamiento serían fácilmente identificables y no presentarían mayores problemas.

Pero la innovación podría introducir en el mundo algo que contenga a la vez la propiedad *x* —y si queremos, también la *y*— *pero además* posea la propiedad *w* (y si queremos agravar el asunto, también la *z*). De ser así, nos enfrentaríamos a un problema serio. En el real y nada perfecto ordenamiento jurídico que nos interesa, pareciera que nuestro fenómeno podría categorizarse, *prima facie*, como una instancia de la categoría *C*, dado que posee las propiedades *x* e *y*. Pero sabemos que no podría serlo —y que debería ser *D*— de atenernos solamente a que presenta las propiedades *w* y *z*.

Estos problemas no son para nada excepcionales. Un ejemplo histórico de este escenario fue la dificultad para categorizar a las energías como “cosas”, antes de las reformas legales que decidieran expresamente la cuestión⁽⁴⁾.

Frente a tales conflictos, las estrategias extremas pueden ser, por un lado, forzarnos a decidir que algunos de los términos o propiedades en cuestión “pesan” más que los restantes y que aquello que estudiamos, por esa razón, merece ser considerado algo de la clase o categoría *C* o *D*, pero en todo caso debe ser encuadrado en alguna de ambas. Que debe entenderse que posee *alguna* de ambas naturalezas jurídicas. En el ejemplo anterior esta estrategia nos llevaría a decidir, pese a las contradicciones, que las energías, son *cosas* con todos los efectos de jurídicos que el ordenamiento asignaba a aquellas, o bien

corresponden a otra categoría jurídica (por ejemplo, *bienes inmateriales*, que no eran cosas en aquel código). En cualquiera de ambos casos, deberían aplicársele íntegramente los efectos correspondientes a una u otra categoría.

Una estrategia alternativa puede ser, de modo más directo, descartar la idea de que el nuevo fenómeno deba encajar a toda costa en una de las naturalezas jurídicas previamente determinadas y buscar, por una vía menos general, cuáles efectos jurídicos deba asignársele. Este tipo de decisiones asocia directamente algunas propiedades del fenómeno candidato con los ciertos efectos jurídicos, sin pasar —necesariamente— por su encuadre en categoría general (naturaleza jurídica) alguna.

Volviendo a nuestro ejemplo, si adoptamos la primera posibilidad, como vimos, sería prioritario e inexcusable decidir si las energías son *cosas* o son *bienes inmateriales*. La segunda, en cambio, nos llevaría a estudiar qué consecuencias jurídicas corresponderá atribuir a las energías, para lo cual evaluará aquellas propiedades que posean, en relación con cada efecto jurídico que nos interese analizar. Si queremos saber si resulta aplicable la responsabilidad objetiva por riesgo, podríamos concluir que, al igual que las cosas, algunas energías presentan esa propiedad (riesgo) que justifica atribuirles esa consecuencia jurídica. Sin embargo, si las estudiáramos por otros fines (por ejemplo, prescripción adquisitiva), parecería razonable admitir que las energías, a diferencia de las cosas que sí lo admiten, no cuentan con una propiedad clave, como es la materialidad, necesaria para ese tipo de adquisición.

Con muchas innovaciones tecnológicas en general y con las criptomonedas, en especial, este tipo de problemas y las estrategias intentadas para lidiar con ellos cobran estricta actualidad.

II.2. Las criptomonedas y las consecuencias jurídicas previstas para las monedas

Los efectos jurídicos de las criptomonedas dispararon en Europa, desde hace algunos años, varias sentencias relevantes. Algunas de las cuestiones que se ventilaron, por cierto, se relacionan con los debates anteriores. Tradicionalmente, se dice que una moneda —entendida como categoría jurídica— es algo que tiene tres propiedades funcionales: ser medio de pago, unidad de cuenta y reserva de valor. Más modernamente, se adicionó una propiedad estrictamente normativa: el llamado *curso legal*. Estas propiedades, no obstante, no se presentan todas, conjuntamente, en los criptoactivos. Y esa circunstancia motiva perplejidades y discusiones importantes sobre sus efectos.

Uno de los asuntos que llegó a decisión de la Corte Europea de Justicia fue, por ejemplo, determinar si una persona que intermediaba en esos activos debía pagar Impuesto al Valor Agregado. Para el año 2015, el señor Helquist, de nacionalidad sueca, realizaba esa actividad y el interrogante tenía efectos prácticos muy visibles⁽⁵⁾. Ya en el 2012, el Banco Central Europeo había declarado que las criptomonedas eran una *divisa virtual*. En su versión inglesa —en este caso conocer el término usado en más de un idioma ayuda a comprender mejor algunas sutilezas— una *virtual currency*.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado (UNLP). Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Civil.

(1) Voy a utilizar el término “juristas” no para referirme a grandes pensadores del derecho sino, de modo general, para englobar tanto a los abogados, a los funciona-

rios de áreas jurídicas o que actúan en el Poder Judicial, y a los jueces, es decir, tanto para denominar a aquellos a quienes se suele llamar “operadores jurídicos” o juristas prácticos, cuanto a los académicos del derecho.

(2) SUNSTEIN, C. - REISCH, L., “Automatically Green: Behavioral Economics and Environmental Pro-

tection”, *Harvard Environmental Law Review*, disponible en <http://papers.ssrn.com/id=2245657>.

(3) Usaré ese término laxamente para referirme a conductas humanas, conjuntos de conductas, sus productos, etcétera.

(4) Como se sabe, en el derecho argentino esa reforma

fue la que introdujo la ley 17.711, en 1968, al art. 2311 del Cód. Civil.

(5) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de octubre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta förvaltningsdomstolen - Suecia) - Skatteverket/David Hedqvist.

En relación con el IVA, la Directiva 112 del Consejo de Europa, en su art. 135 (6), establecía exenciones al IVA para ciertas actividades. Entre ellas, las operaciones en divisas, y las operaciones en billetes de banco y monedas, que no sean *medios legales* de pago. Dispone que los Estados eximirán del pago de IVA entre otras, a las siguientes operaciones:

e) Operaciones... relativas a las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago, con excepción de las monedas y billetes de colección... que no sean utilizados normalmente para su función de medio legal de pago o que revistan un interés numismático.

d)... las operaciones... relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos;

f)... las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, con excepción de los títulos representativos de mercaderías...

Con este marco normativo decidió la Corte Europea:

“... (según dispuso en) 2012 el Banco Central Europeo sobre las divisas virtuales, el tribunal remitente indica que una divisa virtual (virtual currency) puede definirse como un tipo de moneda digital (digital money) no regulada, emitida y verificada por sus creadores y aceptada por los miembros de una comunidad virtual concreta. La divisa virtual ‘bitcoin’ forma parte de las divisas virtuales denominadas ‘de flujo bidireccional’, que los usuarios pueden comprar y vender con arreglo al tipo de cambio, que los usuarios pueden comprar y vender con arreglo al tipo de cambio. Por lo que respecta a su uso en el mundo real, estas divisas virtuales son análogas a las demás divisas intercambiables, y permiten adquirir bienes y servicios tanto reales como virtuales. Las divisas virtuales se distinguen del dinero electrónico, tal como lo define la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (DO L 267, p. 7), en la medida en que, a diferencia de este dinero, en el caso de las divisas virtuales los fondos no se expresan en la unidad de cuenta tradicional, por ejemplo, en euros, sino en una unidad de cuenta virtual, como el ‘bitcoin’”.

“... Según la Comisión de Derecho Fiscal, la divisa virtual ‘bitcoin’ es un medio de pago (means of payment) que se usa de modo análogo a los medios legales de pago (legal means of payment). Por otra parte, la expresión ‘medios legales de pago’ que figura en el art. 135, apart. 1º, letra e), de la Directiva del IVA se utiliza para restringir el ámbito de aplicación de la exención relativa a los billetes de banco y a las monedas. De ello resulta que dicha expresión (medios legales de pago) debe entenderse en el sentido de que se refiere únicamente a los billetes de banco y a las monedas (banknotes and coins), y no a las divisas (currencies)...”.

Distingue, entonces, entre “medios de pago” (dentro de los cuales se encuentran las divisas) y “medios legales de pago” —expresión aquí análoga a nuestro “curso legal”—

categoría de la que forman parte los billetes y monedas, pero no las divisas. No obstante, aunque se trate de categorías diferenciables, el art. 135 incluía en la excepción de su inc. a), a ambas. Luego, por ser una “divisa” (virtual) y no por ser una “moneda”, ni “dinero electrónico”, las operaciones con Bitcoins estarían eximidas de pagar IVA.

Más allá del eje de la disputa —la excepción al pago de IVA—, es interesante observar la estrategia empleada para resolver. ¿Puede decirse que en el contexto normativo implicado se definió clara y precisamente una naturaleza jurídica (única, general) para el bitcoin y que la sentencia, luego de encuadrarlo allí, simplemente aplicó las derivaciones jurídicas de esa categoría? No parece que haya sido así. Algunos años antes el Banco Central Europeo había entendido que las divisas virtuales eran un tipo de moneda digital y que el bitcoin era una divisa virtual. Silogísticamente, el bitcoin sería moneda. Digital, pero moneda al fin (7). Pero la Corte Europea, a los fines de la aplicación la directiva de IVA, se apartó de esa relación de género a especie entre moneda digital y divisa virtual. Y decidió el bitcoin, a los fines del IVA, no debe considerarse una moneda sino una divisa. Moneda, así, no sería la especie del género divisa.

Los problemas terminológicos y conceptuales no terminaron en esa sentencia. Sin pretensión de exhaustividad, el mismo Banco Central Europeo, en su dictamen del 12 de octubre de 2016 (8), estableció: “... puesto que las monedas virtuales no son en realidad monedas, sería más exacto considerarlas como medio de cambio, no de pago...”. Concordantemente, según la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo publicada el 19 de diciembre de 2017, que considera que una moneda virtual es: “una representación digital de valor que no es emitida o garantizada por un banco central o una autoridad pública, no está necesariamente vinculada a una moneda legalmente establecida, y no posee la consideración de moneda o dinero de curso legal, pero se acepta por personas o entidades como medio de intercambio y que puede ser transferida, almacenada y negociada electrónicamente”.

Nada en este debate resultó sencillo. Sin siquiera ingresar a las posibilidades del registro distribuido (blockchain) que da sustrato a estas criptomonedas, es sencillo advertir que el encuadre y consecuencias de estos activos dispararon cuestiones nominales y conceptuales que crean perplejidades. No es este el sitio para tratarlas con la extensión que merecen.

Al contrario, el conjunto de problemas a los que se enfrentó el regulador y el tribunal sirven más bien como ilustración de las dificultades que aparecen al intentar encontrar las consecuencias jurídicas de ciertos productos de la innovación. No solo aparecen productos con atributos nuevos, sino que varía el modo en que los atributos o propiedades conocidas se presentan asociados. En este caso, asoma súbitamente un activo que no emite ningún país, no tiene curso legal —es decir, no sirve para pagar obligaciones de dinero— en sitio alguno, no representa cuotas de propiedad de ninguna empresa, ni es un título por cuya presentación nadie se comprometa a entregar nada. Pero existe gente dispuesta a pagar por obtenerlo y su precio, en dinero ordinario, fluctúa según su demanda y su oferta.

Esa nueva especie no reúne el conjunto de propiedades que definen al dinero nacional de ningún país ni, por tanto, a las divisas extranjeras. Por lo primero, es sencillo concluir que no es dinero, pero por lo último y con la misma consistencia, podíamos decir que no reúne la naturaleza jurídica de las divisas, que son extranjeras en un país, pero moneda nacional, en otro. No obstante, parece más útil —y esa parece ser la tendencia— que atenderse estrictamente a las categorías existentes, asimilarlas, a ciertos fines —por ejemplo, impositivos— a las segundas y asignarle sus consecuencias. Aunque para hacerlo sea necesario variar, plásticamente, el alcance de aquellas antiguas categorías o naturalezas jurídicas y hacer algunos ajustes terminológicos.

Como veremos, similares problemas y tendencias parecen reproducirse en Argentina.

II.3. Las disputas judiciales en torno de las criptomonedas y su regulación. La cuestión en Argentina

Como se vio, los problemas judiciales en este campo se adelantaron a las decisiones regulatorias, que vienen produciéndose de modo episódico y diverso. Desde la aparición de los criptoactivos, diversas jurisdicciones vienen adoptando, en general, decisiones muy específicas al respecto. En un reporte bastante reciente, la Biblioteca del Congreso de los EE.UU. distingue algunos pocos —muy pocos— países que dictaron una prohibición absoluta y otros que incluyen prohibiciones parciales expresas o implícitas. Identifica también un grupo de Estados que, en cambio, dictaron una regulación concerniente a aspectos impositivos; y otros más que, conjunta o separadamente, se ocupan especialmente de regularlos en sus regímenes de prevención del lavado de activos (9).

En Argentina el estado de la cuestión presenta un obvio dinamismo y sigue el último de los cursos de acción indicados. Los aspectos de interés, más que a la búsqueda de una naturaleza jurídica general que los equipare a otros bienes preexistentes (moneda, divisa extranjera, etc.), apuntan a responder ciertas cuestiones específicas, relevantes para fines puntuales. Por caso, los criptoactivos... ¿Disparan alguna consecuencia especial para el régimen de lavado de activos y financiación del terrorismo? ¿tienen un tratamiento impositivo especializado? Desde la perspectiva obligacional civil y comercial, ¿les corresponde el tratamiento del dinero, nacional o extranjero?

La lista de interrogantes, obviamente, no está cerrada. Los resumidos comentarios que siguen, no obstante, solo sobrevolarán las tres cuestiones anteriores.

II.4. Criptomonedas, lavado y financiación del terrorismo

Para comenzar, tomando en cuenta las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la Unidad de Información Financiera (UIF) de Argentina dictó la res. 300/2014 que adiciona a los sujetos obligados a informar, un deber específico de información al respecto:

Considerando: ...Que el Grupo de Acción Financiera Internacional ha emitido en enero y junio del corriente año documentos relativos a los referidos riesgos que implican las mencionadas

monedas virtuales, siendo uno de los más significativos el anonimato; lo que impide la trazabilidad nominativa de las operaciones.

Art. 1º.— Los Sujetos Obligados... deberán prestar especial atención al riesgo que implican las operaciones efectuadas con monedas virtuales y establecer un seguimiento reforzado respecto de estas operaciones, evaluando que se ajusten al perfil del cliente que las realiza, de conformidad con la política de conocimiento del cliente que hayan implementado.

Art. 2º.— A los efectos de la presente resolución, se entenderá por “Monedas Virtuales” a la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción.

Asimismo, incorpora a res. 70/2011, para las personas políticamente expuestas, el deber de informar sus tenencias en monedas virtuales.

Art. 15 ter.— Reporte de operaciones efectuadas con monedas virtuales. Los Sujetos Obligados... deberán informar, a través del sitio www.uif.gob.ar de esta Unidad de Información Financiera, todas las operaciones efectuadas con monedas virtuales.

Los reportes a que se refiere el párrafo precedente deberán efectuarse mensualmente, hasta el día quince [15] de cada mes, a partir del mes de septiembre de 2014, y contener la información correspondiente a las operaciones realizadas en el mes calendario inmediato anterior.

Es decir, considera, como es habitual hacerlo, que las criptomonedas entrañan un peligro especial para este tipo de cuestiones y, por eso mismo, requiere una información particularizada.

II.5. El tratamiento impositivo de las criptomonedas

En cuanto al Impuesto a las Ganancias la última reforma (10) a la ley que lo rige que captó los principales supuestos de renta financiera incluye también a las monedas digitales en el campo de aplicación del impuesto. Dispone:

Art. 2º.— A los efectos de esta ley son ganancias...

4) los resultados derivados de la enajenación de acciones, valores representativos y certificados de depósito de acciones y demás valores, cuotas y participaciones sociales —incluidas cuotapartes de fondos comunes de inversión y certificados de participación de fideicomisos financieros y cualquier otro derecho sobre fideicomisos y contratos similares—, monedas digitales, títulos, bonos y demás valores, cualquiera sea el sujeto que las obtenga.

II.6. Régimen obligacional civil y comercial de las criptomonedas

En lo que interesa a los jusprivatistas, se da una cuestión peculiar: el Código Civil y Comercial fue sancionado en 2014 y para ese momento las criptomonedas llevaban ya un lustro de existencia (11), por lo cual podría pensarse que en alguna de sus disposiciones las tuvo especialmente en cuenta. No obstante, no sucedió así. Y la cuestión se agrava por la muy deficiente regulación de las obligacio-

{ NOTAS }

(6) Directiva 2006/112/Cons. de Eur., 28/11/06.

(7) No obstante, en una nota de divulgación más reciente “¿Qué es el bitcoin?”, del 13 de febrero de 2018, empieza diciendo “El bitcoin se considera una moneda virtual. Pero, ¿qué es y qué implicaciones tiene para las monedas reales?” y luego “... Si no es una moneda, enton-

ces ¿qué es? El bitcoin es un activo especulativo. Dicho de otro modo, es una apuesta para obtener un beneficio, pero con el riesgo de perder lo invertido...” <https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me/html/what-is-bitcoin.es.html>, consulta del 20/02/2019.

(8) Dictamen sobre una propuesta de directiva del Par-

lamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica la Directiva 2009/101/CE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AB0049&from=ES>.

(9) <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php>, según consulta del 11 de marzo de 2019.

(10) Artículo sustituido por art. 2º de la ley 27.430, BO 29/12/2017.

(11) El 3 de enero de 2009 suele identificarse como fecha de lanzamiento del bitcoin.

nes de dar moneda que no sea de curso legal en ese cuerpo legal.

Es conocido que la intervención de la Comisión Bicameral que trató el Proyecto dejó la regulación de las obligaciones en moneda extranjera en un terreno sumamente inseguro, cuando no directamente contradictorio. Los arts. 765 y 766 prácticamente se contraponen y además el primero contiene una regla, cuando menos, sorprendente: para las obligaciones en moneda extranjera “... la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal...”. El problema básico es que en las obligaciones de dar cantidades de cosas, en general, el deudor *no puede* liberarse pagando moneda de curso legal.

Hasta aquí, para escapar de la contradicción, podríamos considerar que esa facultad de pagar en dinero nacional que otorga el art. 765 es, aunque mal expresada, excepcional al régimen general de obligaciones de dar cantidades de cosas y rige solo para esa peculiar especie de esas obligaciones, en la que se habrían convertido las obligaciones en moneda extranjera.

Pero esa facultad que otorga el art. 765, la niega lisa y llanamente el art. 766. Dispone: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”. Especie que, obviamente no denotaría, moneda nacional.

A esta altura existe un consenso generalizado acerca de que dicha regulación es —al menos— muy inconveniente, si no incomprensible; y en todo caso, inadecuada. Algunas alternativas para salvar su coherencia han sido, por ejemplo, discutir el carácter imperativo o supletorio de la norma que faculta a pagar en moneda nacional, buscando con el segundo aportar algo de consistencia y acercar el sistema a lo que se entiende social y económicamente preferible (12).

Con ese mismo entendimiento, el Anteproyecto de Reformas al Código Civil y Comercial resuelve la cuestión con una regla muy sencilla: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”.

No obstante, mientras mantenga su vigencia la desatinada regulación vigente, toda obligación en moneda que no sea de curso legal se enfrenta a dificultades. El problema cuantitativamente más relevante será el que afecte a las monedas con curso legal en otros países. Pero, sin embargo, podría extenderse para el caso de que las criptomonedas se consideren efectivamente monedas *sin curso legal en el país* y se equiparen a *moneda extranjera*. A continuación, algunas cuestiones relevantes.

II.7. La facultad de pagar en moneda de curso legal y el mercado de cambio de divisas

Las dudas sobre la calidad o no de “moneda” (sin curso legal en el país) de los criptoactivos se relacionan, para comenzar, con la facultad de los deudores de liberarse “dando el equivalente en moneda de curso legal” que posibilitaría el art. 765, Cód. Civ. y Com.: Sin entrar a discutir las condiciones y calidad de esa facultad, se puede concluir que si existe,

y si los criptoactivos son una “moneda”, también les sería aplicable.

La relevancia práctica de este problema, no obstante, parece reducida en el marco de un mercado de cambios de divisas libre, como lo es el vigente. Si se trata de moneda extranjera, bajo un sistema de control de cambios, entregar, por ejemplo, un dólar o su cotización oficial puede diferir mucho de la cotización informal (y real) de la misma divisa (13).

En el caso de los criptoactivos ese problema se tornaría relevante si, mediante un contrato tradicional, una parte se comprometiera a transferir unidades de una criptomoneda y rigiera algún tipo de control de cambios que las afectara por vía directa o indirecta, por su cotización en moneda extranjera (dólares o euros, por ejemplo). Se puede pensar que, en este campo no ha existido hasta ahora control de cambios alguno y parece menos susceptible a este tipo de posibilidades. Las medidas económicamente desatinadas, no obstante, no tienen por qué no acontecer.

Más allá de este problema, aun con un mercado de cambios libre la facultad de pagar en moneda nacional podría introducir distorsiones. Costos de transacción diversos (comisiones, impuestos, *spreads* entre compra y venta, etc.), variables o indefinidos en el contrato original, podrían destruir la equivalencia entre el costo de transferir efectivamente, por ejemplo, un bitcoin y el de pagar su equivalente en pesos.

Por ese motivo, esta cuestión puede seguir siendo relevante, aun bajo la vigencia de un mercado libre de criptoactivos. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con las monedas que tienen curso legal en otros países y no en Argentina, pareciera que este tipo de activos se alejan de las propiedades de aquellas para justificar esta solución.

II.8. El problema en las monedas sin curso legal

Algunos términos como “curso legal” y “curso forzoso” y, a su vez, la exigencia de alguno de ellos para calificar a ciertas cosas como “moneda” inducen algunas inseguridades. Las dificultades que pudieron verse anteriormente en el contexto europeo se dan también, con peculiaridades, en la Argentina.

Por ejemplo, la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, no ha motivado inquietudes especiales de parte de la mayoría de los autores. Dice, textualmente:

Se entenderá que son susceptibles de circular como moneda, cualesquiera fueran las condiciones y características de los instrumentos, cuando:

i) El emisor imponga o induzca en forma directa o indirecta su aceptación forzosa para la cancelación de cualquier tipo de obligación; o

ii) Se emitan por valores nominales inferiores o iguales a 10 veces el valor del billete de moneda nacional de máxima nominación que se encuentre en circulación (14).

Además de la incomprensible disyunción “o” entre ambos incisos, la expresión “... aceptación forzosa para la cancelación de

cualquier tipo de obligación...” constituye una norma inconsistente con el resto de la contratación privada y, de hecho, plenamente sin eficacia dentro de la práctica real del derecho. Si el ordenamiento argentino autorizara pagar en dinero nacional cualquier obligación (de dar, de hacer, de no hacer), el sistema sería enteramente otro. La cuestión es tan clara que exime de citar la cantidad de artículos del Código Civil y Comercial que carecerían de eficacia, si esto fuera así. De hecho, es muy evidente para cualquier estudiante de abogacía que no se puede imponer al acreedor de “cualquier tipo de obligaciones” aceptar dinero. No pareció serlo para los redactores de la norma bancaria.

En realidad no se trata de que el curso legal posibilite cancelar con dinero cualquier cosa. Al contrario, como mucho más razonablemente lo explica Cortés Conde: “... [dinero de] curso legal es el que por imperio de la ley —por el poder de coerción del Estado— tiene fuerza cancelatoria de las obligaciones de dar dinero por su valor escrito, independiente de su poder de compra intrínseco...” (15).

Sin ingresar en la historia de las diferentes instituciones que justificaron distinguir las ideas de *curso legal* y *curso forzoso* —es muy recomendable el artículo citado en la nota al pie precedente para eso—, lo que interesa para los muy modestos fines de este trabajo es que las referencias a *moneda sin curso legal* parecen asumir que esa “moneda” a la que se refiere el art. 765, Cód. Civ. y Com., es una que no tiene curso legal en la República, *pero tiene curso legal en algún país*. Es dinero en algún Estado extranjero, por lo cual cuenta con esas propiedades básicas de aquel.

Los criptoactivos, al contrario, como es sabido, no tienen curso legal en ninguno Estado (16). Valen como mercancía, por su valor de cotización, no como moneda fiduciaria —todas las modernas—. No valen porque Estado alguno imponga el deber jurídico (“legal”) general de recibirlos por su valor nominal: precisamente, se crearon para evitar que fuera necesario contar con esa bendición estatal.

En este caso, luego, nos enfrentamos a esa dificultad conceptual que identificábamos cuando se intenta encastrar, forzosamente, un fenómeno nuevo en categorías que lo preexisten y cuando confundimos palabras (rótulos, etiquetas) con conceptos (significados). La categoría *dinero* comprendía, en el ordenamiento jurídico, una partición entre *dinero de curso legal* en la República y *dinero de curso legal en otros países*. Los criptoactivos, precisamente carecen de esa propiedad, el curso legal (vigente en alguna jurisdicción), que caracterizaba a ambas (todas) variedades de dinero.

Los esfuerzos por encuadrarlo en esa categoría legal, en consecuencia, parecen bastante estériles, más allá de que popularmente, se llamen “monedas”. Pero no se requiere tanto y es algo diferente asignar a las criptomonedas los efectos jurídicos de la moneda extranjera a los fines de la facultad del art. 765 del Cód. Civ. y Com., aunque no se las considere íntegramente “monedas”. En este caso —podría argumentarse— corresponde extender la facultad de pagar en dinero nacional a quien se obligó en criptomonedas no porque se trata de “moneda”, sino porque presentan

las propiedades relevantes para extender esa facultad a su campo.

El argumento, no obstante, sería metodológicamente inaceptable. Por una parte, como vimos, la facultad en cuestión constituye una excepción al régimen obligacional. Y por otra, no es correcto que los criptoactivos posean las propiedades clave de las monedas.

Para resumir:

— Aunque parezca que la libertad vigente en el mercado de criptoactivos hace pragmáticamente irrelevante la aplicación de la facultad de desobligarse pagando en moneda nacional esas transacciones, podrían darse situaciones en las que cobrara relevancia práctica.

— La facultad que, en ese sentido, confiere el art. 765, Cód. Civ. y Com., para las obligaciones en moneda extranjera —además de su expresión notablemente defectuosa— constituiría una solución extremadamente excepcional en el régimen de las obligaciones, al menos si la consideramos derecho imperativo.

— Los criptoactivos carecen de curso legal alguno. Y ese curso legal sería una propiedad relevante para reconocer el dinero o moneda extranjeros, en la caracterización que adoptan los artículos que podrían resultar aplicables. Carecen asimismo de otras propiedades secundarias y usuales, como, por ejemplo, la existencia de una autoridad regulatoria centralizada.

— Luego, no parece siquiera considerable entender que los criptoactivos encuadran en la naturaleza jurídica de las monedas, en el derecho argentino.

— Y si lo que se pretende no es tanto como un encuadre general, sino solo aplicar a los criptoactivos una norma particular (la facultad de desobligarse pagando en moneda nacional) prevista para monedas extranjeras tradicionales por contar con algunas propiedades de aquellas monedas, esa estrategia no parece justificable. Precisamente, por la excepcionalidad de la regla y la usual interpretación restrictiva de las excepciones. Y además, en particular, por la carencia de las propiedades clave para habilitarlo.

— Si concluimos que las obligaciones de transferir criptoactivos no escapan al régimen general de dar cantidades, la solución debería ser la general: el deudor que debe una cantidad de acciones, debe pagar transfiriendo esas acciones; si debe una cantidad de ovejas, entregando esas ovejas; y si debe una cantidad de bitcoins, no queda más que transferir bitcoins.

Queda mucho para decir y, dinámicamente, habrá mucho más. Pero no es el propósito de estos párrafos ser exhaustivo, sino apenas sobrevolar unas pocas cuestiones.

III. La cara oscura y la cara luminosa de la tecnología, y el rol de los juristas

Hasta aquí, una idea subyace en los comentarios anteriores y emerge recurrentemente en estas líneas: la primera reacción de los juristas frente a la innovación tecnológica se concentra en sus peligros. La innovación y sus productos encienden una

{ NOTAS }

(12) La Comisión 2 de XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, UNS, 2015) se pronuncia, por mayoría, por el carácter de supletorio de dicha facultad. Otras opiniones como así lo indicó la sala F de la CNFed. Civ. y Com. cuando resolvió el recurso de apelación en autos “Fau, Marta R. c. Abecian, Carlos A. y otros s/ consignación” y su acumulado (25/08/2015).

(13) PIZARRO, R. D. indica: “El problema, nos parece, no reside en ello sino en algo mucho más grave: la confiabilidad en el tipo de cambio oficial, o lo que es igual, en que este refleje adecuadamente la paridad de la moneda extranjera en cuestión con el peso”. “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, Julio César Rivera (dir.) - Graciela Medina (coord.), Ed. Abeledo-Perrot, ps. 539/40.

(14) Art. 30 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, sustituido por art. 18 de la ley 25.780, BO 08/09/2003.

(15) CORTÉS CONDE, Roberto, “El Dinero de Curso Legal. Antecedentes históricos. La experiencia de la suspensión de la convertibilidad en la Argentina el siglo XIX”, LA LEY, 2005-C, 907.

(16) El Banco Central de la República Argentina, en

un “Comunicado al Público en general” de 2014 aclaraba, a modo de advertencia ante lo que todavía consideraba desconocido y que, como tal, lo ameritaba: “... las llamadas ‘monedas virtuales’ no son emitidas por este Banco Central ni por otras autoridades monetarias internacionales, por ende, no tienen curso legal ni poseen respaldo alguno...”.

alarma, generan problemas, en el sentido negativo del término. Las características de dichos problemas varían según se trate de las dificultades que surgen de encuadrar dichos fenómenos en instituciones que se diseñaron sin tenerlos en cuenta y no recibieron ningún ajuste para incorporarlos (como en el caso de los problemas obligacionales privados y los criptoactivos), o de ajustar marcos institucionales vigentes para incorporarlos (como ocurrió en el caso de los problemas impositivos o de lavado).

A partir de aquí, en cambio, me interesa explorar un punto de vista diferente y estrechamente relacionado con el rol social de los juristas frente a la tecnología. Me referiré a las ventajas de la innovación tecnológica, como un insumo valioso para su misión o actividad específica. Ventajas que no se agotan en un rol puramente instrumental o administrativo (expedientes judiciales y burocracia electrónicos, que reproduzcan digitalmente tareas analógicas), sino que incide en transformaciones de muy diferente profundidad.

III.1. Tecnología “real” y tecnología jurídica

Vine utilizando hasta ahora el término *tecnología* sin mayores precisiones, pero corresponde efectuar una distinción. En Economía usualmente se habla de *tecnología* para hacer referencia a todo lo que contribuye a producir bienes o servicios. Constituyen factores incluidos en la tecnología los conocimientos científicos y prácticas industriales. Y a veces se avanza hasta incluir en ese campo la respuesta ante las instituciones (entendidas como reglas o normas) jurídicas y políticas; y las prácticas sociales o conocimientos de sentido común, en cuanto juegan ese papel. Suele ponerse el énfasis en la innovación o cambio tecnológico, porque a idéntico *stock* de factores de producción, la innovación puede producir mayores cantidades o mejores calidades de productos.

A los fines que me interesan, voy a distinguir entre lo que llamaré *tecnología real* (solo por simplicidad y haciéndome cargo de que es una denominación un poco extraña para captar *todos* los factores que no sean jurídicos) y *tecnología jurídica*. En concreto, la partición implica agrupar los ingredientes jurídicos de la tecnología en un conjunto propio, para poder hablar separadamente sobre tales factores.

Con esas bases es posible comenzar por una afirmación sencilla: la innovación, en la tecnología jurídica puede mejorar el bienestar de la sociedad. Enfrentados a un cierto estado del mundo, que incluye por una parte un estado del derecho (del ordenamiento jurídico y sus prácticas correlativas), no hay por qué pensar que sea el mejor posible. Parece más razonable pensar que se puede mejorar y empeorar.

Podríamos consentir fácilmente en que la innovación en el derecho puede ser un factor causal de esa mejora. No obstante, podríamos distinguir dos tipos de mejora. Si asumimos que es mejor, *ceteris paribus*, un mundo sin pena de muerte cuando, de hecho, está vigente esa penalidad, su abolición produciría esa mejora. No obstante, la tecnología jurídica que se requiera para lograrlo será bastante sencilla. Quizás, bastaría contar con las condiciones políticas y una vez alcanzadas, apenas derogar o modificar un solo artículo del Código Penal, para lograr esa mejora.

Que sería trascendental, pero no por ello exigiría mayor refinamiento jurídico. De modo muy sencillo podríamos decir que la clave del problema es exógena al mundo jurídico. Se requerirá la modificación de condiciones políticas que lo permitan, lo que podría ser muy arduo, pero dadas estas, la labor técnico-jurídica implicada logrará las consecuencias deseadas (suprimir la pena de muerte) sin requerir mayores refinamientos.

Pero podemos encontrar innovaciones jurídicas de otra clase. Existen muchos ejemplos históricos que requirieron una tecnología jurídica compleja y refinada que dio por resultado productos de enorme beneficio social. El caso de la creación de personas jurídicas corporativas es, probablemente, el ejemplo más claro de esos procesos (17). Fue necesario un grado de esmero muy importante para lograr estructuras jurídicas que permitieran un modo de gestión del capital e intercambio de bienes que antes de su existencia eran imposibles.

También es sencillo advertir que la tecnología jurídica también está influida por la tecnología real. Una analogía interesante es la que se da con la medicina y las imágenes diagnósticas. Mientras no existía tal tecnología real, los conocimientos médicos no podían avanzar en aspectos para los cuales esta resulta imprescindible. Luego, tanto la actividad de los médicos, considerados como sujetos privados, cuanto la Medicina como disciplina mejoraron con los *inputs* surgidos de este género de innovación. La criptografía asimétrica digital permite la firma digital y la firma digital permite la circulación casi inmediata de instrumentos jurídicamente relevantes, con los consiguientes beneficios sociales. Hubieran sido estériles los esfuerzos de cualquier investigación médica que se apoyara en el diagnóstico por imágenes a falta de su factibilidad tecnológica y también lo hubiera sido cualquier propuesta normativa que presupusiera la posibilidad de circulación digital de textos, antes de que esto fuera posible. En cambio, el aprovechamiento institucional de aquella tecnología real “apalanca” los beneficios sociales combinados. No obstante, puede distinguirse el surgimiento de la tecnología jurídica de la actividad de los juristas: no siempre los juristas son el factor causal de la innovación jurídica y, a veces, ni siquiera coadyuvan adecuadamente a su diseño.

El conflicto de los juristas frente a la innovación real puede ilustrarse con la actitud de los cerrajeros ante la aparición de tarjetas magnéticas para las cerraduras. Una buena parte de la actividad de aquellos (cerraduras tradicionales) va a ser desplazada por esta nueva tecnología (cerraduras con tarjeta). También hay otras personas que son especialistas —más que los cerrajeros— en ese campo tecnológico, pero su *expertise* no se limita a estos fines (cerraduras) sino que se extiende hacia campos más generales (tarjetas de transporte, de crédito y débito, etc.). Luego, la competencia entre ambos gremios se dará solo en el aspecto en que se superponen sus respectivas actividades, es decir, las cerraduras con tarjetas. Ese campo, no obstante, puede crecer de un modo tal que amenace reemplazar toda la actividad de los cerrajeros.

Podemos sospechar que el mismo problema de los cerrajeros afecta a los juristas y su actividad tradicional: un conjunto creciente de relaciones, que tradicionalmente eran materia de preocupación central para los

juristas, podrían llegar a escapar su competencia. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el campo de los llamados *contratos inteligentes*. Se dijo al respecto: “... la similitud entre los contratos inteligentes y los definidos en el derecho romano es poco mayor que la existente entre un puerto marítimo y un puerto USB. Y esos juristas que pretenden redactar contratos inteligentes hacen el ridículo tanto como un controlador de tráfico marítimo que quisiese ordenar el tráfico de segmentos de datos en un puerto USB usando su amplia experiencia en maniobras navales y la jerga del gremio...”. Y también: “... Los contratos inteligentes tienen poco que ver con el derecho...” (18).

Estas afirmaciones resultan particularmente interesantes. De hecho, sabemos que los contratos inteligentes no son más que protocolos de transacciones informáticas que ejecutan, automáticamente, conjuntos de acciones. No se requiere para el “cumplimiento” natural la voluntad de ninguna persona humana ni para el cumplimiento forzado, orden judicial alguna, ya que en realidad no tiene sentido la distinción entre “voluntario” y “forzado”. Lo que interesa en relación con el ejemplo anterior es que los contratos inteligentes, en sentido amplio —sin restringir el término únicamente a operaciones realizadas a través de *Blockchain*—, son el vehículo de un número aceleradamente creciente de transacciones.

La cuestión clave es que las reglas que en los hechos siguen estas transacciones no son reglas de derecho, tal como las conocemos. Así como se diluye la distinción de cumplimiento voluntario y forzado, la distinción, mucho más general, entre *deber ser* y *ser* se torna también borrosa: la regla plasmada en el código de programación indica que un bitcoin que se transfiere de una cuenta a otra debe pasar (*deber ser*) a esta última y de hecho, pasará (*ser*). No puede darse esto último sin lo primero y a la recíproca. Esta correspondencia de estados, en ambos “mundos”, es algo bastante extraño para la práctica jurídica.

Sin embargo, los contratos inteligentes frecuentemente toman contacto con el mundo analógico o “no digital”. Por ejemplo, aunque el traspaso de un bitcoin ocurre enteramente en el protocolo digital, la compra de un bitcoin con dinero ordinario (físico o electrónico) pasará a ser un contrato tradicional, al cual queda subordinado el contrato inteligente, con todas sus implicancias usuales.

Este tipo de combinaciones deja entrever que algo tienen para hacer los principios jurídicos tradicionales en ese esquema complejo. Pero que tampoco se trata, puramente, de advertir el peligro de una parte de la cadena de relaciones aquella que transcurre a través del contrato electrónico. Este eslabón de la relación puede, a su vez, introducir ventajas para la relación compleja, v.gr. reducir previsiones tendientes al cumplimiento forzado, que reduzcan los costos globales de la operación conjunta. O, al contrario, la encarezcan, si están mal diseñados.

Retornando al problema en general, es posible advertir la gama de cuestiones en las que incide. Un técnico programador puede escribir el código de la relación. Un economista podría concluir sencillamente que el costo de *enforcement* de ese dispositivo relacional será claramente inferior al que resulte de un compromiso tradicional: no habrá ries-

go relevante alguno de que el deudor no cumpla y se requiera accionar. Pero para calcular la magnitud de los costos de oportunidad de la operación, es decir, para comparar sus costos con la mejor posibilidad alternativa, se requiere conocer el derecho y la práctica abogadil.

Y aunque el estudio de los efectos estáticos de este dispositivo, cuando ya esté integrado a una relación, es interesante; quizás lo es más su potencialidad para la innovación jurídica. Es muy conocido que nuevas circunstancias sociales modifican las relaciones costo-beneficio precedentes y hacen atractiva la aparición de nuevas instituciones. Las Cruzadas, por ejemplo, trajeron paz y seguridad a los caminos, y eso permitió el comercio; ese incremento y las nuevas modalidades del tráfico promovieron, a su vez, la aparición de novedades en las instituciones mercantiles más eficientes. Las comunicaciones digitales permitieron las transferencias de dinero digital, los desarrollos de firma electrónica y firma digital. Del mismo modo, dispositivos como el de nuestro ejemplo, amplían el espectro de posibilidades relacionales, que antes tenían al derecho contractual tradicional como vehículo.

Estas cuestiones, de orden muy general, exceden al bitcoin y a la tecnología de *blockchain*, pero ambos tienen, en este estado del arte, un rol importante en la materia. En consecuencia, a continuación me ocuparé, muy brevemente, de algunos aspectos específicos de ambos. Es decir, no únicamente de sus peligros en el marco de los valores e instituciones jurídicas establecidas —como en varios de los párrafos anteriores—, sino, desde una perspectiva diferente, me referiré a algunos de los costos y beneficios a considerar.

III.2. ¿Proporcionan ventajas legítimas o beneficios sociales netos los criptoactivos?

El empleo de criptoactivos es un signo claro de que proporcionan ventajas privadas para quienes los emplean. No obstante, muchas veces estas ventajas no son correlativas a beneficios sociales. Y aun cuando esto sea así, habrá probablemente profesionales del derecho implicados cuyo trabajo adicione valor, igualmente privado. Tom Hagen, el abogado del *Padrino*, progresivamente pasó a adicionar más valor a la actividad de la organización que todos sus pistoleros. Pero esa utilidad privada que generaba ese abogado no se correspondía a beneficios sociales netos, dado que los costos sociales de las peculiares actividades de la organización excedían, obviamente, a sus beneficios (19).

La cuestión, con los criptoactivos, no es que se trate de actividades ilegítimas en sí, como vimos. El debate interesante es si, excluidos todos los beneficios privados ilegítimos, aún proporcionan beneficios sociales relevantes.

La cuestión de la utilidad social de los criptoactivos no puede resolverse únicamente sobre la base de los volúmenes transados. Los mercados ilegales de drogas, de armas o de tráfico de personas son ejemplos de sectores de magnitud respecto de los cuales existe un fuerte consenso sobre su costo social neto. Por cierto algunas de las voces críticas asumen —y exponen— que las criptomonedas, aun sin ser ilegales, tampoco solucionan ningún problema social legítimo; y que la magnitud de tráfico se debe a los beneficios privados que proporcionan a sus usuarios, basados en la posibilidad de evasión y opa-

{ NOTAS }

(17) ALFARO-ÁGUILA REAL, Jesús “Seis razones por las que la corporación puede considerarse la mayor innovación no tecnológica que vieron los siglos”, *Almacén de Derecho*, marzo 12, 2018. <https://almacendederecho.org/seis-razones-las-la-corporacion-puede-considerarse-la-mayor-innovacion-no-tecnologica-vieron-los-siglos/> Estoy

utilizando la expresión “tecnología jurídica” para denotar algo que Alfaro incluye dentro de las “innovaciones no tecnológicas”, utilizando el término “tecnología” de un modo más restringido.

(18) En realidad el original habla de puertos TCP. La licencia de usar “USB” es que la denominación de los

primeros es menos conocida popularmente. FISCALIDADADBTC, “Los Contratos Inteligentes y el Derecho”, *Medium*, <https://medium.com/@fiscalidadbtc/los-contratos-inteligentes-y-el-derecho-c5ef82b1641>, consulta del 30 de enero de 2019.

(19) Sobre algunos problemas técnicos derivados del

enforcement aplicado a la innovación y su incidencia en inversiones privadas o públicamente beneficiosas, ACIARRI, H., “Enforcement deflection and innovation”, capítulo del libro *Law, Development and Innovation*, Bellantuono, G. - Lara, F. (eds.), Springer, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, ps. 39-67.

cidad relativa, a expensas de externalidades que los sobrepasan (20).

¿Permiten comisiones más reducidas? Resulta discutible y, en todo caso, se trata de una variable no únicamente dependiente de esta tecnología, sino de otras condiciones del mercado. Además, es algo engañoso plantearlo de este modo, cuando las únicas condiciones que se consideran son las endógenas a las transferencias *intra-blockchain*, pero no se computan las condiciones de la transacción global, de la cual la transferencia de criptoactivos es solo una parte. Un cajero automático que entregue dinero ordinario a cambio de bitcoins, puede, por caso cobrar por esa operación una comisión muy superior a las correspondientes a transferencias de dinero electrónico usual.

¿Los estándares de seguridad son efectivamente superiores a otras transferencias electrónicas? La vieja idea de que *una cadena es tan fuerte como el más débil de sus eslabones* resulta íntegramente aplicable a esta cadena de relaciones. Y la *blockchain* empleada para transferir criptoactivos no suele ser *toda* la cadena relevante, sino solo un segmento: habrá además un programador necesario para transferir unidades a cada cliente o para mantener un nodo (21). En muchos casos, los clientes individuales, en el estado de la tecnología vigente, emplean intermediarios que operan de modo similar a los agentes financieros y cobran las comisiones correspondientes.

Incluso, la confiabilidad de la *blockchain* en sí, aunque muy sólida, no es obviamente, absoluta. Sin ingresar a detalles técnicos, y para exponerlo de un modo muy sintético, los sistemas más antiguos (*proof of work*) requieren un poder computacional de más del 50% del total implicado para manipular los registros. El costo de “alquilar” ese poder de fuego no es infinito. Al contrario, es sencillo calcularlo; y para criptoactivos de menor circulación, está lejos de ser prohibitivo.

Pero la misma razón de su fortaleza está en *trade-off* con su sustentabilidad ambiental: para ser seguro, el minado de criptoactivos requiere ser energéticamente muy costoso (debe insumir mucha electricidad) y, por eso mismo, el ambiente de los criptoactivos consume enormes cantidades de energía. Las estimaciones y comparaciones son ciertamente complicadas, pero un estudio conocido estimaba que el entorno bitcoin consumía, para 2017, la electricidad equivalente al consumo de un país como Ecuador (22).

La cadena de relaciones que incluye a la *blockchain* incorpora además inteligencia y acciones humanas, y algunas limitaciones propiamente humanas afectan igualmente la seguridad. Por ejemplo, la necesidad de memorizar o conservar claves enormes como única puerta al sistema. Este detalle de diseño pareciera un problema menor, pero en realidad es fuente de una gran cantidad de intrusiones y pérdidas. Otro aspecto más refinado que afecta la interfaz entre el comportamiento humano y la tecnología real son las acciones especulativas conocidas como “pintar la pantalla” (*painting the screen*). Se afirma haber detectado, por ejemplo, una manipulación robótica que elevó el precio del bitcoin de u\$s 150 a

u\$s 1000 con las consiguientes derivaciones del mercado (23). Esta manipulación, en realidad, no es un *hackeo* al protocolo, sino a la mente de los inversores. Que no es privativo de este tipo de activos, pero que en este tipo de protocolos tiene una debilidad de mitigación: no existe, por diseño, un banquero central ni un programador central que las pueda corregir o, de pronto, sancionar al trasgresor ético.

Más allá de la fuga de seguridad, lo que interesa aquí es comprender que la interfaz entre el protocolo y la conducta humana es un rasgo inherente al sistema. El protocolo de bitcoin asume una teoría del comportamiento humano. Una teoría, por cierto, que lejos de ser muy refinada, es muy asimilable a los estándares de comportamiento neoclásicos más simples: racionalidad en términos de adecuación entre medios y fines, pero en su forma más primitiva, entendiendo que el único fin relevante es maximizar utilidad “monetaria”. En este sentido crea incentivos para los mineros, mediante retribuciones (que deseablemente deberían superar privadamente el costo de su actividad); asume ataques racionales (que no destinarán más recursos al ataque que los que puedan obtener) y sujetos racionales que empleen el sistema (que encuentren en el sistema ventajas —sean o no legales— superiores a sus usos alternativos).

Si esa teoría presenta debilidades para explicar y predecir todo el comportamiento humano, probablemente tales debilidades predictivas, en cuanto funciones integradas a la estructura del protocolo, trasladan su debilidad a la cadena.

Pero una cosa son estos criptoactivos y otra cosa el *blockchain*. El *blockchain* es una tecnología que excede a las criptomonedas y permite otro tipo de operación aparadas en la seguridad de la cadena. Algunos ejemplos son sencillos: se anuncia que Walmart desde 2019 exigirá a sus proveedores de productos frescos ingresar a una *blockchain*. IBM anuncia su *blockchain* para comercio exterior. Algunas universidades en el mundo (y, por ahora, una argentina) usarán el sistema para sus títulos. Algunas jurisdicciones utilizan el sistema para dar transparencia y seguridad ciertos subsidios.

Esto es, la tecnología de *blockchain* excede a las criptomonedas y permite explorar otras opciones. Como cualquier otra tecnología, no puede pensarse que sea el extremo final del desarrollo y preferible a todas las otras. No obstante, hoy, circunstancialmente y dado el estado del arte, parece proveer ventajas comparativas interesantes respecto de sus posibilidades alternativas.

Pero un aspecto particularmente interesante es que en la concepción de la estructura del *blockchain* subyace, implícita, una teoría del comportamiento humano. La seguridad de la cadena, por ejemplo, se basa en buena medida en asumir que una relación costo-beneficio privada, para cualquier potencial *hacker*, y en el costo derivado de los problemas de acción colectiva, para el caso de grupos, hará que las personas actúen de una y no de otra manera. En otras palabras, no existe una imposibilidad lógica o computacional que impida modificar un asiento precedente, pero hacerlo requeriría, por

una parte, el acuerdo de muchísimas personas (y sabemos que concertar la acción de muchas personas es muy difícil; o lo que es lo mismo, muy costoso) y que, además, requerirá un consumo eléctrico exorbitante. En esas condiciones el beneficio monetario de la acción defraudatoria será previsiblemente inferior al costo de esa acción. Luego, que las personas actúen de ese modo, respetando esas reglas conductuales, es una de las condiciones de seguridad del sistema. A la inversa, es claro que una repentina y anómala ola de altruismo defraudatorio (consistente en gastar más de lo que la estafa produzca, sea cual fuera el costo de las acciones fraudulentas, para consumir el fraude), unida a una posibilidad suave y automática de colusión para defraudar, harían tambalear el sistema.

Por otro lado, la labor de los “mineros” que en la red operan no solo como extractores de *tokens* o unidades monetarias, sino como gendarmes de la autenticidad de las operaciones que se incorporen a la cadena, reciben por esa gestión un beneficio: las nuevas unidades, mientras se emitan; y siempre una comisión sobre las operaciones. Y esto tiene sentido, porque realizan una labor costosa (básicamente en términos de consumo de electricidad) que se asume, con reglas conductuales análogas, que nadie realizaría caso contrario o, al menos, no en la cantidad suficiente.

En otros aspectos de la tecnología, no obstante, las reglas conductuales que subyacen difieren. Wikipedia no paga remuneración monetaria explícita a sus redactores y gendarmes. Twitter “produce” contenido, igualmente, sin retribución. En el lado oscuro estrategias fraudulentas (la más obvia quizás sea el *phishing*) aprovechan debilidades no ya del *software*, sino de la decisión y la conducta humanas. Todo esto no es nada original, sino sumamente conocido; pero aquí interesa no como descubrimiento, sino como ejemplo de un problema central que es la superposición disciplinaria y sus problemas, con especial atención en el rol de los juristas ante algunos aspectos puntuales de la tecnología.

IV. Más que conclusiones, algunas conjeturas y sospechas

Los párrafos anteriores comienzan discutiendo sobre la actitud de los juristas frente a la innovación tecnológica; y esa es, en definitiva, la cuestión disparadora de este trabajo.

Una ligera reflexión en ese campo suele ser suficiente para revelar típicas tendencias conservadoras y una mayor preocupación por alertar —a veces, apresuradamente— acerca de peligros de la innovación, que por descubrir ventajas. Esta actitud podría considerarse consistente con el papel que tradicionalmente juegan los juristas en la sociedad, que cumpliría una función valiosa en el juego de pesos y contrapesos entre diferentes profesiones y habilidades. Otros profesionales, quizás los economistas o informáticos, harían otra parte de la tarea. Y entre su audaz persecución de ventajas sociales y las prudentes prevenciones de los juristas, la sociedad lograría extraer los beneficios de la innovación y mitigar sus principales riesgos.

Esta visión optimista quizás pase por encima muchos detalles relevantes y algunos peculiarmente cruciales relacionados con la velocidad y calidad de la innovación. Mientras que la innovación transcurre de modo progresivo y pausado, aquel espontáneo juego de roles entre diferentes actores sociales parece más razonablemente factible. Lo mismo ocurre cuando se da a través de saltos abruptos, pero seguidos de períodos prolongados de consolidación estable.

Una novedad diferencial aparece cuando el ritmo del cambio es acelerado, la calidad de la tecnología peculiarmente influyente en la dinámica social y no se observan mesetas de estabilidad que permitan digerir suavemente cada nuevo escalón de la evolución. Este tipo de condiciones atenta contra los resultados de aquel modo de relacionamiento suave y espontáneo. Aquel en el cual, por ejemplo, lo que conocían los abogados de economía y los informáticos de comportamiento bastaba para relacionarse eficazmente entre sí y combinar esfuerzos para agregar valor a las áreas en que colaboren. Acemoglu y Restrepo alertan contra la aplicabilidad de las conclusiones del modelo neoclásico a escenarios caracterizados por ciertas innovaciones relacionadas con la automatización. Esa misma idea puede extenderse no ya a la participación relativa de los factores de la producción (capital y trabajo, en aquel estudio) (24), sino también al valor relativo de las habilidades de los agentes implicados en el proceso.

En las nuevas condiciones, las habilidades que conforman esa interfaz, aquellas necesarias para el entendimiento entre especialistas en áreas diversas, incrementan su relevancia relativa. Esta afirmación no implica prever que desaparecerán, por ejemplo, los abogados o los economistas, sino apenas que el valor social y privado de sus servicios dependerá, en términos relativos, cada vez más de esas habilidades de *interfaz* —de esa aptitud para trabajar eficientemente en grupos de especialistas en áreas diferentes— en desmedro de sus conocimientos y destrezas centrales (para los abogados, conocer códigos, leyes, jurisprudencia, ponderar principios, litigar; o bien modelizar mercados y recoger datos primarios, para los economistas).

Si, por meras cuestiones de eficiencia el arbitraje *online* resta campo a la litigación tradicional, si la revisión de contratos y documentos automatizada recorta espacio para la revisión humana tradicional o si el diseño de contratos inteligentes capta una cuota de mercado que antes correspondía a contratos tradicionales, es sencillo concluir que el campo de trabajo de los abogados podría también reducirse. Una conclusión más arriesgada sería asumir que también las consideraciones éticas, usualmente correlacionadas con el derecho, cederán terreno a las consideraciones técnico-instrumentales. Que lo fácticamente posible *se hará*, aunque sea éticamente cuestionable. E incluso que las mismas bases éticas se modifiquen muy clara y rápidamente en correlación con las condiciones materiales: hurtar un disco de vinilo parecía éticamente más grave que descargar ilícitamente un álbum *online*. Es sencillo advertir condiciones diferenciales entre ambos ilícitos. Por ejemplo, mientras llevarse el vinilo priva a otro de tocarlo y

{ NOTAS }

(20) Entre muchas opiniones en este sentido puede verse, ROUBINI, N., “Exploring the Cryptocurrency and Blockchain Ecosystem. Crypto is the Mother of All Scams and (Now Busted) Bubbles, While Blockchain is the most over-hyped technology ever, no better than a spreadsheet/database”, *Testimony for the Hearing of the US Senate Committee on Banking, Housing and Community Affairs*, oct. 2018.

(21) “... In September [2018], developers of bitcoin’s main

client, called Bitcoin Core, had to scramble to fix a bug (also in secret) that could have let attackers mint more bitcoins than the system is supposed to allow...” Orcutt, M.: “Once hailed as unhackable, blockchains are now getting hacked”, *MIT Technology Review*, 19th feb. 2019 <https://www.technologyreview.com/s/612974/once-hailed-as-unhackable-blockchains-are-now-getting-hacked/> (consulta 14/03/2019). En Argentina existe a la fecha al menos una condena penal firme sobre “robo” de criptoactivos. Al

respecto GUTIÉRREZ, D., “Robert Malthus y la naturaleza del ser humano. Nota al primer fallo por robo de criptomonedas en el país”. *Revista Argentina de Derecho Público*, 4, marzo 2019, 27/03/201, XXIII-591.

(22) PASTOR, J., “Mitos y realidades sobre el consumo energético de la minería de bitcoins”, *Xataka*, 19 octubre 2017. Actualizado 27 de abril 2018, <https://www.xataka.com/criptomonedas/la-energia-necesaria-para-minar-un-bitcoin-es-la-misma-que-gasta-un-hogar-en-un->

mes-segun-ing (consulta 14/03/2019).

(23) GANDAL, N. - HAMRIC, J. - MOORE, T. - OBERMAN, T., “Price manipulation in the Bitcoin ecosystem”, <https://doi.org/10.1016/j.jmoneco.2017.12.004>.

(24) ACEMOGLU, D. - RESTREPO, P., “Automation and New Tasks: How Technology Displaces and Reinstates Labor”, *NBER Working Paper*, 25684, mar. 2019, <https://www.nber.org/papers/w25684.pdf>

oírlo, descargar un álbum no priva a ninguna otra persona de hacerlo. Pero quizás la mera facilidad relativa de las acciones (inicialmente repudiables) modifique, en nuestra intuición, la calidad o gravedad ética de la acción. No obstante, no es mi intención discurrir en profundidad sobre tales terrenos ni hacer semejantes predicciones.

Los contratos inteligentes, los criptoactivos y la tecnología de *blockchain*, más que de objeto, sirvieron de ejemplo para aplicar

algunas de esas ideas a tecnologías claramente incluidas en esta novedad. La actitud real de los juristas frente a tales novedades parece confirmar la sospecha de que usualmente, en momentos de cambio tecnológico, la mayoría se abroquelan en sus habilidades centrales y solo una minoría, en principio, se abre a adquirir nuevas habilidades, más valiosas ante las nuevas condiciones.

Cita on line: AR/DOC/1017/2019

MÁS INFORMACIÓN

Mora, Santiago J., “La tecnología blockchain. Contratos inteligentes, ofertas iniciales de monedas y demás casos de uso”, LA LEY 01/04/2019, 1, AR/DOC/537/2019.

Anunziato, Luis, “Smart contracts: una forma de sistematización para la eficaz registración laboral”, RDLSS 2019-4, 347.

De Diego, Julián A., “‘Smart contracts’ o contratos inteligentes. La influencia de Uber a través de aplica-

ciones informáticas”, LA LEY 2018-E, 1283, AR/DOC/1651/2018.

LIBRO RECOMENDADO

Manual de Derecho Informático
Autor: Fernández Delpech, Horacio
Edición: 2014
Editorial: Abeledo Perrot

BIBLIOGRAFÍA

Título: PROMETEA. Inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas

Autor: Juan G. Corvalán

Edición: 2019

Editorial: Astrea, Buenos Aires

Este valioso libro, editado en formato digital (*e-book*) y de descarga gratuita (http://dpicuantico.com/libros/prometea_oea.pdf), se enfoca en la experiencia “Prometea”, describiendo su funcionamiento y sus distintas aplicaciones, tanto dentro de la Argentina como en el exterior.

Es de mucha importancia destacar que Prometea es la primera inteligencia artificial (IA) creada en nuestro país para dar respuesta eficaz y eficiente a distintos problemas jurídicos con los cuales se enfrentan los operadores del derecho en su quehacer profesional diario. Allí radica su principal virtud: entrega soluciones concretas y tangibles para la vida cotidiana de las organizaciones públicas.

Como dato anecdótico, no se puede dejar de mencionar que Prometea ha sido desarrollada íntegramente desde el Estado, lo cual merece ser resaltado, pues es habitual caer en el prejuicio de que el “mundo de lo público” suele “correr desde muy atrás” los acontecimientos de la realidad. He aquí un ejemplo muy ilustrativo de una herramienta exitosa que no tuvo su origen en el ámbito privado.

Es preciso señalar también que desde noviembre de 2017 a la fecha la experiencia

“Prometea” se encuentra en un proceso de franca y continua expansión, entregando cada vez más prestaciones de mucha utilidad en las más diversas tareas. Así, esta IA, que comenzó su camino proponiendo “borradores” de dictámenes fiscales, fue creciendo y haciendo frente a desafíos más variados y complejos, tanto en nuestro país como fuera de la Argentina.

Dentro de nuestro país, y más específicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Prometea está siendo hoy utilizada en procesos de compras del Estado, agilizando ostensiblemente sus tiempos y mejorando los índices de transparencia. Actualmente, está comenzando a ser mirada también con mucho interés por diversos Poderes Judiciales provinciales, que buscan compatibilizar sus prestaciones con el servicio de justicia de distintas jurisdicciones.

En el exterior, fue usada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tareas relacionadas con notificaciones del tribunal, y por la Corte Constitucional de Colombia para clasificar y priorizar el tratamiento de determinados expedientes en los cuales están en juego derechos fundamentales (temas de salud, verbigracia).

Sus potencialidades siguen siendo innumerales. Piénsese, por ejemplo, en las soluciones que podría entregar para la gestión diaria de los denominados juicios ejecutivos o determinados procesos judiciales o administrativos que exhiben un alto nivel de estandarización.

El libro también innova desde su diseño a lo largo de sus 115 páginas. Llama la atención

(positivamente) el abundante uso de imágenes (siempre pertinentes) que “refrescan la vista” y ayudan a una mejor experiencia de lectura. Asimismo, está escrito no sólo para el “público jurídico”, sino para la ciudadanía en general, lo cual es un acierto, porque todo lo relativo a la IA se encuentra en una necesaria etapa de divulgación.

El libro comienza con un Prólogo, a cargo de Vincenzo Aquaro, director de Gobierno Digital de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en donde, a partir de la resolución A/RES/73/17, adoptada por su Asamblea General, se pone de resalto el lugar que ocupa y los desafíos que le esperan a la IA en su interacción con las políticas públicas, bajo un claro perfil humanista. De hecho, el prologuista usa la expresión “inteligencia (humana) aumentada”, en vez de “inteligencia artificial”.

En las páginas siguientes el autor entrega algunos elementos introductorios en materia de IA, necesarios para entender de qué se trata Prometea.

Con posterioridad, se pone el acento en su utilización y posibilidades en el ámbito de lo público, la vinculación entre las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y el desarrollo sostenible, la “burocracia inteligente”, las prestaciones concretas de la IA mencionada para el servicio de justicia, el desafío de la gobernanza de datos, la reconfiguración de los trabajos y tareas de las personas, y los riesgos y desafíos a los que nos enfrenta la IA; por último, se encuentran tres interesantes anexos con información comple-

mentaria y estadística, que mejoran la comprensión de lo abordado en el libro.

El autor de la obra e impulsor de Prometea es Juan G. Corvalán, fiscal general adjunto en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Corvalán también es un destacado profesor que se desempeña como codirector del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y viene desarrollando desde hace varios años una excelente labor docente y de divulgación en materia de IA en los ámbitos público y privado, con un claro sentido federal, llevando adelante presentaciones en todo el país. Al compartir con él varios paneles como disertantes en distintos eventos académicos, he sido testigo en primera persona de la pasión, el rigor técnico y el entusiasmo con los que Juan trabaja en el tema (con la ayuda de su equipo de trabajo), y que seguramente ha sido el motor para que Prometea se posicione y crezca como lo ha hecho en menos de dos años.

En suma, recomiendo no sólo la atenta lectura de este material sino también seguir de cerca la evolución de Prometea, pues mes a mes trae novedades y prestaciones nuevas que a los amantes de la vinculación del derecho con la tecnología sólo nos despierta satisfacción y ganas de conocer sus últimos desarrollos.

Demetrio Alejandro Chamatropulos

Cita on line: AR/DOC/1005/2019

NOTA A FALLO

Determinación de competencia

Garantía de juez natural. Causa que corresponde al fuero Federal de Rosario, Santa Fe. Delito de defraudación. Sentencia que introduce hechos no comprendidos en la conducta respecto de la cual se juzga a los imputados. Pautas para el buen uso de precedentes de la Corte Suprema

Véase en página 8, Nota a Fallo

1.- La sentencia que determinó que la Justicia Federal de Mendoza, y no la Federal de Rosario, era competente para el juzgamiento del delito de defraudación debe ser dejada sin efecto, pues el juzgador incluyó en forma indebida —a los efectos de justificar la asignación de competencia territorial— actos realizados en la gestión llevada a cabo por los imputados en Mendoza, pero no comprendidos en la conducta respecto de la cual fueron intimados y procesados, y esto implica

la conculcación de la garantía del juez natural.

2.- Las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, por lo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a esta clase de términos.

3.- La Justicia Federal de Rosario —y no la de Mendoza— es competente para entender en el delito de defraudación, dado que todos los actos desarrollados se vincularon a actuaciones allí radicadas y el presunto delito se habría cometido dentro de esa jurisdicción.

121.843 — CS, 19/03/2019. - Freire Díaz, Manuel S. y otro s/ defraudación.

[Cita on line: AR/JUR/402/2019]

CS - ANÁLISIS PREMIUM

Vía procesal

Jurisdicción y competencia: cuestión de competencia

Tipo de recurso: Queja

Tipo de acción: Penal

Fallos relacionados

Mantiene la jurisprudencia de: Municipalidad de la Capital c. De Elortondo, Isabel A., 1888-04-14, AR/JUR/2/1888.

Buenos Aires, marzo 19 de 2019.

Considerando: 1º) Que la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, con fecha 24 de agosto de 2016, resolvió, en lo que aquí interesa, no hacer lugar a los planteos de apelación interpuestos y confirmar la resolución del juez de primera instancia que no hizo lugar a los planteos de excepción de incompetencia territorial deducidos por las defensas de Ismael Ramón Marcón y Manuel Santos Freire Díaz, propiciando la competencia del fuero Federal de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Dicha resolución fue impugnada por las defensas mediante la interposición de sendos recursos de casación ante la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, los cuales fueron rechazados, por mayoría, con fecha 18 de septiembre de 2017.

2º) Que contra el pronunciamiento de la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal dedujo recurso extraordinario federal la defensa de Ismael Ramón Marcón.

El impugnante se agravó por entender que la fundamentación desarrollada por la mayoría del tribunal *a quo* en el pronunciamiento apelado incurrió en arbitrariedad y afectó el derecho de defensa de su asistido y la buena administración de justicia. En orden a ello, señaló que se ha asignado la competencia territorial en base a hechos no comprendidos en la etapa de instrucción, la cual había sido cerrada por el magistrado sin imputar a su asistido ninguna otra conducta que no fuera la suscripción del escrito presentado ante la Justicia Federal de Rosario (desistiendo de la acción contra OSPESGA a cambio del pago de \$ 40.000). Destacó, asimismo, que todos los hechos relevantes al acuerdo inicial, al control de su cumplimiento y el litigio existente entre las partes ocurrieron en la ciudad de Rosario.

Por añadidura, el recurrente argumentó que a los efectos de garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y la buena

administración de justicia, es menester propiciar la cercanía entre el juicio y los hechos, siendo que el fallo apelado obliga a su asistido a asumir la carga de defenderse a más de 900 km de distancia de la prueba de la que debe valerse. Con relación a ello, puntualizó que para poder ejercer razonablemente su derecho de defensa, Marcón necesita convocar como testigos a todos los funcionarios y empleados de OSPESGA que mensualmente atendían a los representantes de AMOES y conciliaban números con ellos y pedir precisiones a los peritos que realizaron la pericia ordenada durante la instrucción.

3º) Que conforme la jurisprudencia de esta Corte, los pronunciamientos que resuelven cuestiones de competencia no autorizan, por regla, la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48, pues dichas decisiones no constituyen sentencia definitiva, salvo que exista denegatoria del fuero Federal o medien circunstancias excepcionales, a saber que cuestiones debatidas remitan a la consideración de puntos regidos por disposiciones constitucionales (ver Fallos 179:423; 310:2184; 311:2701; 327:3551, entre otros) o exista una evidente privación de justicia de imposible o tardía reparación ulterior que afecte la defensa en juicio (ver Fallos 311:2701; 319:3412; entre otros).

Sin embargo, este tribunal tiene resuelto que es posible hacer excepción a dicha regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa

en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos 311:948, 2402 y 2547; 313:559; 315:2969; 316:2718; 319:103 y 321:1909).

De igual manera, se ha sostenido que incluso cuando la sentencia apelada no es definitiva —puesto que no impide la prosecución del proceso, ni se pronuncia de modo final sobre el fondo del asunto— resulta equiparable a tal cuando de los antecedentes de la causa surge que la garantía del juez natural se encuentra tan severamente cuestionada que el problema exige una consideración inmediata en tanto ésta constituye la única oportunidad para su tutela adecuada (confr. Fallos 316:826; 328:1491 y —más recientemente— en Fallos 330:2361).

4º) Que las referidas circunstancias de excepción se verifican respecto de la sentencia apelada en autos, en la cual el voto de la mayoría hizo propios los argumentos esgrimidos por la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza para homologar el rechazo del planteo de incompetencia deducido por la defensa, soslayando la circunstancia de que dichos argumentos resultan incompatibles con la hipótesis delictiva objeto de investigación en las presentes actuaciones, falencia que determina que la sentencia atacada no constituya derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos 315:802; 316:928 y 319:3425), satisfaciendo

sólo en forma aparente el requisito de adecuada fundamentación exigible a los fallos judiciales.

5º) Que la mayoría del tribunal *a quo* justificó su decisión de ratificar lo resuelto por la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza señalando que “...no se presenta infundada la valoración realizada por los jueces intervinientes en las anteriores instancias en este proceso (de acuerdo con la opinión del Ministerio Público Fiscal) en cuanto evaluaron que los hechos investigados comprenden la actividad desplegada por los encartados en perjuicio de los intereses económicos de AMOES (Asociación Mutual de Obreros de Estaciones de Servicio), aun con anterioridad a los autos N° 85.105; y que, en este marco, la jurisdicción en la que se produjo la suscripción del convenio de transacción que se imputa como fraudulento no puede ser evaluada en forma aislada a los fines de definir la competencia pretendida”. En igual sentido, se destaca que en el fallo de la Cámara se evaluó “...la complejidad de la maniobra delictiva en perjuicio de AMOES tuvo inicio a partir del año 2000, aproximadamente, con la ausencia de información de los padrones por parte de OSPESGA a AMOES (con la finalidad de impedir que ésta controlara los pagos que recibía en función de la cantidad de aportantes existentes), lo que conllevó a que desconociera la cantidad de titulares de la obra social que abonaban a la misma y que, de esta manera, se viera impedida de controlar si los pagos que se le realizaban correspondían efectivamente a las propor-

ciones y cantidades pactadas. Se agregó que en similar sentido se orientó la realización por parte de OSPESGA de descuentos de los pagos que habría efectuado a AMOES por supuestas rectificativas que realizaban otras obras sociales; lo que obligó a AMOES a realizar los reclamos mediante carta documento hasta la definitiva ruptura del convenio en el año 2005”.

Sin embargo, la lectura de la sentencia apelada permite apreciar que la argumentación desarrollada por la mayoría del tribunal *a quo* —según la cual la conducta delictiva atribuida a los imputados Freire Díaz y Marcón se encontraría vinculada a la gestión de la relación contractual entre las mutuales OSPESGA y AMOES a partir del año 2000— se contradice con la descripción fáctica efectuada en ocasión de recibir declaración indagatoria a los nombrados y reproducida en el auto de procesamiento, conforme ha sido transcripta en el voto disidente en la misma sentencia.

En efecto, según se reseña en el decisorio apelado, lo que se le endilgó en concreto a Manuel Santos Freire Díaz fue “haber en principio, en su carácter de presidente de la Asociación Mutual de Obreros de Estaciones de Servicio (AMOES), perjudicado abusivamente los intereses de ésta mediante su actuación en los autos N° 85.105 caratulados ‘Obra Social del Persona de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento y Afines de la Provincia de Santa Fe (OSPESGA) c. Asociación Mutual Obreros Estaciones de Servicio (AMOES) s/ juicio su-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el buen uso del precedente

Sergio M. Barotto (*) y *Ricardo A. Apcarián* (**)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El caso.— III. Las características esenciales de la teoría del precedente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— IV. Corolario.

I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo que aquí se comenta, especificó conceptualmente lo que entiende es (y debe ser para los operadores judiciales) el “buen uso” de sus precedentes.

Lo hizo en un pronunciamiento de fecha 19/03/2019, dispuesto en autos “Freire Díaz, Manuel S. y otro s/ defraudación”, FMZ 11088287/2007/11/RH006.

Concretamente, hizo saber que “...este tribunal ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así, se ha remarcado que ya ‘en el pronunciamiento dictado en el expediente “Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo”, esta Corte sostuvo

que “cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación [a] las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las [expresiones] generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan” (CS, Fallos 33:162, consid. 26). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite’ (‘Acosta, Leonel I.’, CS, Fallos 340:1084). Tal es el caso en el *sub examine*, cuyo marco fáctico no guarda relación de sustancial analogía con el analizado en el precedente citado, desde que lo que se analiza aquí no es la relación entre distintos actos defraudatorios realizados en el marco de una única gestión de administración, sino la indebida inclusión —a los efectos de justificar la asignación de competencia territorial al fuero Federal de la provincia de Mendo-

za— de actos realizados en el marco de la gestión llevada a cabo por Marcón pero no comprendidos en la conducta respecto de la cual fueron intimados y procesados el nombrado y su consorte de causa Freire Díaz” (1).

II. El caso

La sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza resolvió no hacer lugar a los planteos de apelación interpuestos y confirmar la resolución del juez de primera instancia que no hizo lugar a los planteos de incompetencia territorial deducidos por las defensas de las personas a quienes se les imputaba la comisión de ciertos delitos.

Aquella resolución fue impugnada por las citadas defensas mediante la interposición de recursos de casación ante la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, los cuales fueron rechazados, por mayoría, y en contra de este último pronunciamiento se dedujo un recurso extraordinario federal por la defensa de una sola de aquellas personas.

La decisión de la precitada sala IV sobre el particular se ancló en la doctrina judicial emergente de lo determinado por la Corte Suprema en el caso “Pompas” (2).

El Alto Tribunal habilitó la instancia extraordinaria intentada. Señaló que la causa

ante sí no podía ser decidida con base en los postulados jurídicos emergentes de sus decisiones en el precedente mencionado en el párrafo anterior, en tanto este último no guardaba relación de sustancial analogía con aquélla.

III. Las características esenciales de la teoría del precedente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En un artículo anterior y de reciente data que hemos publicado en estas mismas páginas (3), analizamos los términos y alcances que respecto del precedente jurisprudencial dimanaban de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habiéndose puntualizado en dicha ocasión la relevante doctrina judicial que surge del caso “Viñas” (4), pronunciamiento acerca del cual arriesgamos opinión en cuanto a que la Corte tiene intención y deseo de que sus fallos se constituyan en doctrina legal obligatoria para todos los jueces inferiores a ella, ya sean federales o locales. Al precitado y humilde aporte nos remitimos, para no abundar innecesariamente aquí.

Al momento de analizar entonces lo dicho por la Corte en “Viñas”, hicimos notar que se propugna solucionar el caso que se tiene ante sí aplicando un precedente propio, en tanto “...las cuestiones ventiladas en el *sub lite* son sustancialmente análogas...” a aquél.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, República Argentina. Especialista y magister en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Bolonia, Italia. Profesor titular de Derecho de los Contratos, Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

Profesor adjunto de Introducción al Derecho, Universidad Nacional de Río Negro, Argentina. Presidente del Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia, integrado por los Superiores Tribunales de Justicia de las provincias del Chubut, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Argentina.

(**) Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, República Argentina. Especialista en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Bolonia, Italia. Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad Nacional del Comahue. Diplomado en Derecho Judicial por la Univer-

sidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

(1) Punto 6º, párr. 1º, del fallo.

(2) CS, Fallos 325:3255.

(3) “Doctrina legal obligatoria en los ámbitos federal y provincial. El modelo de la provincia de Río Negro”, LL-Patagonia, abril 2019, AR/DOC/695/2019.

mario de pago por consignación, radicados en el Juzgado Federal N° 1 de la Ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, al suscribir documentación para la cual no se encontraba habilitado, expresar falsedades en ocasión de absolver posiciones en fecha 09 de agosto de 2007; y desistir en fecha 30 de agosto de 2007 del derecho y del proceso articulado por AMOES, aceptando y recibiendo el pago consignado por OSPESGA de \$ 40.000 como el único adeudado y como pago cancelatorio de la deuda... Ello, conforme surge de las diversas pruebas agregadas al sumario, del resultado de la pericia efectuada por la perito contadora por AMOES, A. T., quien dio cuenta que de la relación contractual entre AMOES y OSPESGA surge un crédito a favor de la prestadora AMOES de \$ 16.355.922,18 y del cálculo aritmético efectuado a requerimiento del tribunal por el perito oficial, L. A. N., quien indicó que el crédito a favor de la prestadora AMOES ascendería a más de \$ 9.000.000 sin contabilizar los años 1998 y 2001”.

En la misma línea, la conducta atribuida a Ismael Ramón Marcón consistió en “haber, en principio, cooperado en la causación del perjuicio económico sufrido por (AMOES) y procurado un lucro indebido para la obra social que representa (OSPESGA) mediante la suscripción del convenio de transacción celebrado con el Señor Manuel Santos Freire en los autos N° 85.105, registro del Juzgado Federal N° 1 de la Ciudad de Rosario —provincia de Santa Fe— caratulados ‘Obra Social del Personal de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento y Afines de la Provincia de Santa Fe (OSPESGA) c. Asociación Mutual Obreros Estaciones de Servicio (AMOES) s/ juicio sumario de pago por consignación’, mediante el cual AMOES desistió de la acción y del proceso a cambio de la suma de \$ 40.000 consignado por OSPESGA en carácter de pago por conceptos y período resultantes del contrato de prestación de servicios asistenciales celebrado entre las partes, cuando conforme al informe pericial realizado por la perito de parte A. T. surge un crédito a favor de la prestadora AMOES de \$ 16.355.922,18...; y del cálculo aritmético efectuado a requerimiento del tribunal por el perito oficial, L. A. N., un crédito que ascendería a más de \$ 9.000.000 sin contabilizar los años 1998 y 2001”.

De la reseña efectuada *supra* se desprende, sin lugar a dudas, que la conducta respecto de la cual fueron intimados a ejercer su defensa Freire Díaz y Marcón, y en

orden a la cual se dictó su procesamiento, se circunscribió únicamente a la actuación que le cupo a ambos en el marco de la causa N° 85.105, que tramitó ante el Juzgado Federal N° 1 de la Ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, y culminó con la firma del acuerdo —considerado ruinoso para AMOES conforme la hipótesis delictiva objeto de investigación en el *sub examine*— por el cual dicha institución desistió de la acción y del proceso seguido contra OSPESGA a cambio del pago de la suma de \$ 40.000.

Siendo así, se torna evidente que las conductas anteriores desarrolladas por los nombrados en el marco de sus funciones como presidentes de las mutuales OSPESGA y AMOES —a las que se aludió para fundar tanto la postura de la mayoría en el decisorio atacado como las resoluciones anteriores que aquél vino a convalidar— no forman parte del objeto de la presente causa, lo cual deja privados de sustento a los referidos pronunciamientos y los torna ilegítimos por contar con una motivación sólo aparente, lo cual equivale a la falta de fundamentación.

Al respecto, cabe recordar que al pronunciarse en la causa “Piana, Enrique J. y otros s/ causa N° 7668” (CSJ 308/2012 [48-P]/CS1, resuelta el 20 de agosto de 2014), esta Corte hizo propios los argumentos de la Procuración Fiscal en cuanto señaló que “... al convalidar las afirmaciones del tribunal de juicio sin dar respuesta a los específicos reclamos formulados que tendían a demostrar los graves defectos de fundamentación que exhibía, la decisión carece de una motivación suficiente y, por ello, debe ser descalificada”. Esta es, precisamente, la situación que se verifica en el *sub examine*, toda vez que el tribunal *a quo* ha soslayado la argumentación del recurrente que ponía de manifiesto los defectos de fundamentación de los que adolecía el decisorio de la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza que ratificó el rechazo de las excepciones deducidas por las defensas, haciendo propios los motivos de la referida Cámara que —como se viene señalando— no se compadecen con la plataforma fáctica de la causa.

6º) Que si bien en el pronunciamiento apelado la mayoría del tribunal invoca lo expresado por esta Corte en el fallo “Pompas”, cabe señalar que este tribunal ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe

de hechos, normas en juego y forma en que la litis ha quedado oportunamente trabada; cuando no existe tal grado de semejanza entre uno y otro caso, ha dicho la Corte, por ejemplo, que “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al reclamo por diferencias salariales derivadas de la indebida retención de aportes con destino al fondo compensador, si alteró el objeto de la pretensión y adoptó una solución que resulta extraña al conflicto, al apoyarse en un criterio jurisprudencial adoptado en una causa que no guardaba analogía con la presente” (6).

Pues bien, y yendo al reciente fallo en análisis, es de notar que la primera referencia jurisprudencial propia que efectúa la Corte lo es de un pronunciamiento que se remon-

En el próximo número de ...		Mayo 2019 N° 5
REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS		
DOCTRINA ESENCIAL	Generación distribuida de energías renovables. Reflexiones sobre la figura del “prosumidor”, la prevención de daños y el seguro Sandra M. Wierzb	
	Prevención del daño. Análisis estricto del art. 1710 del Código Civil y Comercial Ángel M. Pafundi	
	Daño resarcible Carlos A. Molina Sandoval	
DERECHO PRÁCTICO	El abuso de posición dominante y el control judicial de las cláusulas abusivas Ezequiel N. Mendieta	
	Pérdida de legitimación activa por baja del registro en causas iniciadas por asociaciones de consumidores Carlos E. Tambussi	
PROCESO DE DAÑOS	Plazo de gracia y proceso electrónico. Perspectivas actuales y futuras del instituto Carlos J. Ordóñez	
SEGUROS	Ley de seguros 19.678. Síntesis de aspectos novedosos y destacables Andrea Signorino Barbat	
PÁGINAS CLÁSICAS	El orden público ambiental Jorge Bustamante Alsina	

El concepto de analogía sustancial, en cuanto a sus alcances, puede encontrarse en otros pronunciamientos del tribunal, en los que ha especificado que un pleito puede ser resuelto a la luz de cierto precedente judicial, siempre y cuando las circunstancias de ambos, tales como los hechos, los planteos y las normas involucradas, sean análogas entre sí (5).

Señalamos, entonces, que para emplear ciertos principios generales o paradigmas extrapolados de un pronunciamiento jurisdiccional debe existir entre el caso utilizado como precedente y aquel en el que se tiene que decidir afinidad o semejanza o, lo que es lo mismo, no deben existir diferencias sustanciales entre una y otra base

{ NOTAS }

(4) “Viñas, Pablo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y DD.HH. s/ indemnizaciones - ley 24.043 - art. 3º, CAF 47871/2016/CS1-CA1 y otro”, sentencia de fecha 22/05/2018.
(5) Fallos 33:162; 242:73; 286:97, entre otros.

(6) CS, Fallos 315:2679.
(7) CS, in re “Municipalidad de la Capital c. De Elorondo, Isabel A.”, Fallos 33:162.
(8) Caso “Procurador Fiscal de la Sección de Santa Fe c. Los Señores, Señoras y Rosas y contra don Francisco

ta al 14/04/1888 (7), de cuyo consid. 27 —del voto de la mayoría— el actual Alto Tribunal hace propia la conceptualización según la cual “...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sinó con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y que en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan el juicio del tribunal para los casos subsiguientes”.

Pero, además, en ese mismo considerando, la entonces Corte Suprema había primero separado el caso que en ese momento resolvía de otro que había sido invocado por una de las partes (8), por considerar que en este último “...mediaba una circunstancia que no media en el presente y que hace desaparecer toda paridad entre ellos...”, explicitando tal motivo a renglón seguido, es decir, advertía la ausencia de analogía sustancial entre uno y otro supuesto.

El restante precedente jurisprudencial que actualiza la Corte en la sentencia comentada es el producido en la causa “Acosta”, en donde, sobre el tema que nos ocupa, indicó que “...la Cámara soslayó las diferencias jurídicas existentes entre ambos casos. En particular, omitió considerar que la impugnación formulada en el presente se enmarca en el régimen de la ley 26.571, cuyas particularidades fueron reseñadas en el consid. 5º. Tampoco tuvo en cuenta los cambios jurisprudenciales operados en lo que respecta al alcance de las garantías que rodean al proceso penal, en especial el derecho a la revisión de las sentencias condenatorias (CS, Fallos 328:3399; 337:901, entre otros). De este modo, el tribunal *a quo* se limitó a otorgar carácter vinculante a expresiones generales contenidas en una sentencia anterior con total desconexión del marco normativo aplicable. Así, en el pronunciamiento dictado en el expediente ‘Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elorondo’, esta Corte sostuvo que ‘...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, sien-

acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así, se ha remarcado que ya “en el pronunciamiento dictado en el expediente ‘Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo’, esta Corte sostuvo que ‘cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación [a] las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las [expresiones] generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan’ (Fallos 33:162, considerando 26). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que han aplicado la doctrina de un precedente

a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite” (“Acosta, Leonel Ignacio”, Fallos 340:1084).

Tal es el caso en el *sub examine*, cuyo marco fáctico no guarda relación de sustancial analogía con el analizado en el precedente citado, desde que lo que se analiza aquí no es la relación entre distintos actos defraudatorios realizados en el marco de una única gestión de administración, sino la indebida inclusión —a los efectos de justificar la asignación de competencia territorial al fuero Federal de la provincia de Mendoza— de actos realizados en el marco de la gestión llevada a cabo por Marcón pero no comprendidos en la conducta res-

pecto de la cual fueron intimados y procesados el nombrado y su consorte de causa *Freire Díaz*.

7º) Que en la medida en que ha quedado sentado que la hipótesis delictiva objeto de las presentes actuaciones se refiere únicamente a la conducta desarrollada por Freire Díaz y Marcón en el marco de la causa Nº 85.105 del Juzgado Federal Nº 1 de Rosario —con especial énfasis en la firma del acuerdo que le puso fin—, resulta forzoso concluir que no existe ningún argumento válido que permita sostener la competencia territorial de los tribunales de Mendoza para el juzgamiento de los hechos atribuidos a los nombrados. Ello, toda vez que estando fuera de discu-

sión que la referida causa tramitó ante la Justicia Federal de Rosario (provincia de Santa Fe), y que todos los actos desarrollados por los imputados se vincularon a las actuaciones allí radicadas, va de suyo que el presunto delito se habría cometido dentro de la jurisdicción del fuero Federal de aquella ciudad y provincia, motivo por el cual sólo aquél puede resultar competente para entender en las presentes actuaciones.

Por consiguiente, la decisión adoptada en el pronunciamiento apelado, en cuanto obsta a la intervención de los tribunales competentes —en razón de la materia y el territorio— para entender en el juzgamiento de los hechos objeto de la causa,

do, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...” (CS, Fallos 33:162, consid. 26; CS, Fallos 332:1963, voto —5— de la jueza Argibay). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que, como en el caso, han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite (CS, Fallos 329:5019 y 335:2028, entre otros) (9).

También en el famoso *leading case* “Parke Davis y Cía. SA” (10), la Corte Suprema dio pautas en cuanto a resolver con base en un propio precedente, al indicar que lo que había resuelto en la causa “Papelera Pedotti” (11) no aplicaba allí, “...pues lo que estaba en juego en aquel juicio era la aplicabilidad de las normas impositivas a una fusión de sociedades, ajena por esencia a la relación que existe entre las dos sociedades —local y extranjera— en el caso a examen, perfectamente separadas en vista de su regulación legislativa”, es decir, se trataba de diferentes aspectos legales, entre uno y otro expediente.

En la causa “Dego” (12), en el voto mayoritario se advirtió que no podía aplicarse lo resuelto en anterior oportunidad (13), en tanto había diferencias sustanciales en las cuestiones debatidas. En cambio, el voto de la minoría consideró que sí existía identidad entre ambos trámites —se dijo que los fundamentos del precedente resultaban “...literal y sustancialmente aplicables a la situación de la presente causa...” (14)—, lo que desembocó en dictámenes por la confirmación de la sentencia recurrida y por su revocación, habiendo prosperado la primera de las iniciativas.

En el caso “Estivill” (15) la Corte hizo suyo el dictamen de la Procuración General de la Nación, y en consecuencia entendió que había sido errónea la decisión dispuesta por la sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que había fallado aplicando la doctrina de aquel primer tribunal emergente del precedente “Leroux de Emede” (16) —mediante el cual se excluyó del ámbito de la LCT a los dependientes de la Administración Pública, salvo que se los incluya por acto expreso o mediante la negociación colectiva, conforme lo regulaba el art. 2º de la LCT—, en razón de considerar que tal precedente no contaba con las mismas circunstancias que las debatidas en “Estivill”, en donde se había acreditado que la exigencia de derecho sustancial citada ha-

bía sido cumplida mediante un decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

El *leading case* “Arriola” (17) es sumamente relevante para advertir cómo un tribunal constitucional da cuenta de un *overruling* o cambio de regla de interpretación. En efecto, en tal oportunidad la Corte Suprema debía determinar si la incriminación penal de la tenencia de estupefacientes para uso personal se presentaba como constitucional o inconstitucional. Previo al caso señalado, se reconoce que “...la jurisprudencia de esta Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en ‘Colavini’ (CS, Fallos 300:254) se pronunció a favor de la criminalización; en ‘Bazterrica’ y ‘Capalbo’, se apartó de tal doctrina (CS, Fallos 308:1392); y en 1990, en ‘Montalvo’ vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal (CS, Fallos 313:1333), y como lo adelantáramos en las consideraciones previas, hoy el tribunal decide volver a ‘Bazterrica’” (18).

En punto a la necesidad y obligación de disponer el *overruling*, resulta aleccionador el juez Fayt al señalar: “...aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (CS, Fallos 328:566 y sus citas). Dicho de otro modo: estar a lo que se ha decidido previamente no sólo es un principio básico de la administración de justicia de aplicación prácticamente universal (conf. Cross, Rupert, ‘Precedent in english law’, Oxford University Press, 1961, p. 4), sino también la especial consideración que debe existir respecto de la necesidad de certeza. Pero cuando esa necesidad de certeza en la aplicación de la ley, conduce a soluciones que en punto a los límites de razonabilidad no pudieron tener en cuenta elementos relevantes de la evaluación prospectiva que aporta la experiencia, mantener la doctrina establecida sin atemperar su rigor importaría incurrir, entre otras cosas, en un discurso autorreferente. A su vez, dicho déficit se traduciría en formas de argumentación que soslayan el examen de la realidad, con el consiguiente menoscabo —en cuanto punto medular en el *sub lite*— de la garantía consagrada en el art. 19 de la CN” (19).

Por su parte, y en lo que nos interesa particularmente aquí —buen uso del precedente—,

señalaba entonces la jueza Argibay sobre el caso “Montalvo” (20) —en síntesis—: “Derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones. Primero, porque si ‘Montalvo’ hubiese resuelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el art. 19 de la CN (...). En segundo lugar, extraer de la retórica utilizada en aquel pronunciamiento una regla que afirme la validez en todos los casos del tipo previsto en el art. 14, 2º párr., de la ley 23.737, es erróneo, pues ello implicaría conceder a los términos generales contenidos en el fallo un alcance impropio. En efecto, también la Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así en la resolución tomada en el expediente ‘Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo’ (CS, Fallos 33:162) sostuvo que ‘Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...’” (21).

Sobre el voto de la Dra. Argibay en “Arriola” es también destacable su unión conceptual con lo indicado recientemente por la Corte en “Freire Díaz” que aquí se analiza —necesidad de existencia de analogía sustancial entre el precedente jurisprudencial y el nuevo asunto a resolver—, ya que la recordada magistrada formalizó allí la siguiente instrucción procesal constitucional: “En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en ‘Bazterrica’ implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefacientes para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el art. 19 de la CN” (22).

En oportunidad de fallar en la causa “Karpin” (23), la Corte adhirió al dictamen de la Procuración General de la Nación, que había propuesto dejar sin efecto una sentencia de la sala I de la Cámara Nacional de la Seguridad Social, en el entendimiento de que, al aplicarse la jurisprudencia del Alto Tribunal en “Thorne” (24), se actuó “...en emprender siquiera un mínimo esfuerzo argumentativo que justifique su aplicación al *sub lite*, máxime cuando, *prima facie*, las circunstancias fácticas de uno y otro caso aparecen como disímiles (v. CS, Fallos 312:1473; 2096; 315:2016, 1370, entre otros)”.

La preocupación demostrada por la Corte en “Freire Díaz” acerca de la identidad o analogía fáctica entre la jurisprudencia antecedente y el caso actual a resolver, que debe existir para decidir con base en el anterior pronunciamiento —y que importa que no puede haber descontextualización de la doctrina judicial emergente de la sentencia, para que lo decidido resulte válido— es también compartida por la doctrina; a riesgo de resultar reiterativos, reproducimos las opiniones de Oteiza y de Ábalos sobre el particular —ya vertidas en nuestro precitado artículo—.

Así, el primer autor enseña que “La relación entre los hechos del caso y la decisión, como pauta para resolver nuevos conflictos es coherente con la tendencia a la preservación; a la búsqueda de soluciones por intermedio de la reproducción de respuestas concretas brindadas en el pasado. La seguridad proviene de considerar que ante hechos similares la solución será idéntica. Por el contrario en el derecho argentino hay una tendencia a desentenderse de los hechos del caso y a asignar relevancia a las abstracciones que con mayor o menor atingencia son formuladas en la decisión a la que se le asigna cierto valor persuasivo. Se extraen de una determinada decisión judicial las reglas generales sin importar la correspondencia con lo efectivamente discutido. El contraste entre el sentido del precedente desde su singularidad en la decisión de un caso concreto y el concepto de jurisprudencia como el concepto jurídico con alguna relación con la ley, repetido por los tribunales, ha sido claramente destacado por Carrió en cuanto a su incidencia sobre el comportamiento de jueces y abogados en Argentina. Sostiene que en lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, para la solución del problema o del caso que tenemos a examen (...). Claro está que ése no es un defecto imputable a nuestros jueces y

{ NOTAS }

Ferré”.

(9) CS, 22/08/2017, in re “Acosta”, Fallos 340:1084.

(10) CS, Fallos 86:97, en donde se determinó que, sea por aplicación de la teoría de la penetración como por los principios de la realidad económica o teoría del órgano, debe tenerse en cuenta el fondo real de la persona

jurídica para resolver el caso referente al tratamiento impositivo del pago de regalías de una sociedad financieramente dependiente de otra dominante que las percibe.

(11) CS, Fallos 279:247.

(12) CS, Fallos 242:73.

(13) La de CS, Fallos 238:335

(14) Voto de los Dres. Alfredo Orgaz y Benjamín Villegas Basavilbaso, último párrafo.

(15) CS, Fallos 335:2028.

(16) CS, Fallos 314:376.

(17) CS, Fallos 332:1963.

(18) Punto 12 del voto de la Dra. Highton de Nolasco y

del Dr. Maqueda.

(19) Punto 11 de su voto.

(20) CS, Fallos 313:1333.

(21) Punto 11.a) de su voto.

(22) Punto 13, último párrafo, de su voto.

(23) Fallos 329:5019.

importa la conculcación de la garantía del “juez natural”, expresada en la contundente prohibición de que los habitantes de la Nación puedan ser juzgados por comisiones especiales o sacados de los jueces legítimamente nombrados (artículo 18 de la Constitución Nacional) (conf. Fallos 330:2361). En dicha prohibición incurren, por regla general, todos los casos en que por error o por abuso se atribuya poder para juzgar a individuos no investidos por la ley con la jurisdicción para tal género o especie de delitos y en los que los jueces mismos se atribuyan facultades para entender o decidir en causas no sujetas a su jurisdicción (Fallos 310:804).

Este último el supuesto verificado en el *sub examine*, en el que el fuero Federal de Mendoza se ha atribuido facultad para entender en un caso que se encuentra fuera de su jurisdicción, toda vez que las conductas materia de juzgamiento habrían sido cometidas

en la provincia de Santa Fe, en el marco de actuaciones sustanciadas en dicha jurisdicción.

En tal contexto, queda claro que lo afirmado por la mayoría del tribunal *a quo* —haciendo propias las consideraciones de la Cámara de Apelaciones en orden a la salvaguarda de la garantía de los justiciables a ser juzgados en un plazo razonable— no resulta apto para modificar el criterio enunciado precedentemente. Ello, no sólo por cuanto fueron los propios imputados los que requirieron —fundadamente— la incompetencia del fuero Federal de Mendoza, sino —especialmente— porque la invocación del plazo razonable no puede justificar la violación de la garantía constitucional del juez natural, cuya infracción se encuentra en juego en el *sub examine*. De igual manera, la existencia de testigos y evidencia relevantes en la provincia de Mendoza tampoco justifica hacer excep-

ción a la vigencia de la garantía del juez natural, tanto más cuando —como señaló la propia defensa, según surge de los considerandos del decisorio apelado— también existen testigos y evidencia en la ciudad de Rosario, en la que además reside el imputado Marcón.

8º) Que en atención a lo expuesto, y tomando en consideración que —conforme se desprende de las constancias del Sistema Informático de Gestión Judicial— la presente causa ya ha sido elevada a juicio, corresponde resolver la presente declarando competente para entender en las actuaciones al fuero Federal de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe. Ello, a fin de evitar que la cuestión traída a estudio termine resultando abstracta, produciéndose el perjuicio a la garantía del juez natural que se apunta a impedir. Circunstancia que es preciso tomar en consideración conforme la regla que establece que

las sentencias de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque éstas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos 322:1318; 323:3158; 324:1096 y 1878; 325:2275, 2637 y 2982; 326:3975; 327:2476 y 2656; 330:5070, entre muchos otros).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto el pronunciamiento apelado y se declara competente para entender en el juzgamiento de los hechos objeto de la causa al fuero Federal de la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, al cual deberán remitirse las actuaciones con la premura que el caso requiere. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen, a sus efectos. Notifíquese y cúmplase.— *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*.

juristas. Es imputable a las creencias que se encuentran a la base de nuestro sistema jurídico, el sistema propio de la Europa continental. Esas creencias asignan una importancia excesiva al papel del legislador y, paralelamente, oscurecen el de los jueces (...). Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance. Otro modo de razonamiento, más apegada a las modalidades propias del complejo fáctico que se tiene a la vista, se nos antoja cosa un tanto pedestre, tarea casuista, empresa de poco vuelo” (25).

Y la prestigiosa constitucionalista pauta en la cuestión que “Lo primero a destacar es que cuando se invoca un precedente por el mismo tribunal, a modo de efecto horizontal es necesario efectuar una comprobación que

efectivamente exista analogía entre el precedente y el caso a decidir, comprobación ésta que es imprescindible tanto cuando la Corte invoca sus propios precedentes aun con distinta composición, puesto que se trata del mismo tribunal, como cuando cualquier tribunal invoca precedentes propios o emanados de otros tribunales. Esta comprobación de la analogía requiere que los tribunales indiquen de modo cuidadoso y claro los hechos o circunstancias que determinan la interpretación que asignan a la ley que aplican, demostrando que los hechos y circunstancias del precedente y los del caso a resolver guardan la necesaria analogía” (26).

IV. Corolario

En nuestro anterior y antes referenciado trabajo sobre doctrina legal obligatoria ha-

bíamos reseñado la advertencia del juez Fayt respecto de que la aplicación de un precedente jurisprudencial prescindiendo de los elementos relevantes del caso conducía a soluciones judiciales injustas (27), orden de ideas que compartimos, y a partir del cual consideramos que la doctrina del precedente obligatorio debe ser estrictamente aplicada en función de la analogía sustancial que desde lo fáctico y lo jurídico debe existir entre lo resuelto antes y lo que debe decidirse posteriormente.

Pues bien, las pautas dadas por la Corte en “Freire Díaz” no hacen sino confirmar la necesidad de efectuar —minuciosamente, agregamos— tal cotejo, si es que desde la magistratura se quiere utilizar con éxito la herramienta procedimental indicada.

Las características conceptuales de lo que la Corte presenta como el buen uso del precedente convierten a la tarea de resolver juicios en función de una sentencia anterior —propia o de órganos jerárquicamente superiores— en una labor que deberá ser desplegada con extrema atención y cuidado, pues se comprueba en la práctica jurisdiccional cotidiana que es dificultoso asignar identidad o suma similitud a un asunto judicializado respecto de otro en igual condición.

Explicaba Couture que han sido las diferencias y distinciones entre un caso y otro las que en el sistema anglosajón del *leading case* han posibilitado la “fecundidad creadora del mismo”, asignando al tratamiento y eventual determinación de tales diferencias el carácter de “verdadera válvula reguladora del sistema” (28).

Trayendo nuevamente a colación a Oteiza, quien en su trabajo doctrinario antes citado advierte que “La falta de reflexión y examen del material fáctico hace que la fuerza persuasiva disminuya. Al carecer de identidad, la aplicación del nuevo criterio o regla jurisprudencial tendrá un menor anclaje en la situación previamente resuelta y perderá valor persuasivo para casos futuros. La ausencia de una analogía directa entre el conflicto y la sustancia de la decisión hace que ella se debilite al no tener un anclaje en la situación concreta a decidir”, se comprenderá que la sentencia apoyada en un precedente resultará más o menos atacable recursivamente, en tanto y en cuanto la analogía entre ambos supuestos sujetos a comparación haya sido trabajada con mayor o menor profundidad por el juez de la causa.

Cita on line: AR/DOC/917/2019

{ NOTAS }

(24) CS, Fallos 323:1554.

(25) OTEIZA, Eduardo, “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”.

(26) ÁBALOS, María Gabriela, “Diálogo jurisprudencial y valor del precedente. Desafío de los Superiores Tribunales de Justicia en el federalismo argentino”,

LA LEY, 2017-E, 904, AR/DOC/2406/2017.

(27) Su voto en CS, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, R.401.XLIII, Fallos 335:2333.

(28) COUTURE, Eduardo J., “La teoría de la obligatoriedad de los fallos plenarios”, en Estudios de derecho procesal civil, Ediar, Buenos Aires, 1948, t. I, p. 106.

JURISPRUDENCIA

Recurso extraordinario federal

Sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 755 del Código Aduanero y del decreto 793/2018. Derechos de exportación. Aplicación de pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia. Inexistencia de arbitrariedad. Falta de fundamentación de la causal de gravedad institucional.

Hechos: La Cámara declaró la inconstitucionalidad del art. 755 del Código Aduanero y del decreto 793/2018, con las modificaciones introducidas por el decreto 865/2018, con sustento en que los derechos de exportación, por su naturaleza tributaria, son facultad exclusiva del Congreso. Deducido recurso extraordinario federal, el tribunal lo rechazó.

1.- El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la in-

constitucionalidad del art. 755 del Código Aduanero y del decreto 793/2018, con las modificaciones introducidas por el decreto 865/2018, debe ser rechazado, pues no se presenta un supuesto de arbitrariedad, ya que la decisión no fue innovadora ni novedosa, sino que se limitó a aplicar las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia en diversos precedentes —entre los que se destacan “Camaronera Patagónica” 15/04/2014, AR/JUR/5984/2014—.

2.- El planteo de gravedad institucional debe ser desestimado, toda vez que fue invocado en términos genéricos, sin satisfacer el requisito de fundamentación del recurso extraordinario, exigible de acuerdo con el art. 15 de la ley 48.

121.844 — CFed. Comodoro Rivadavia, 01/04/2019. - Estelar Resources Limited S.A. c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo Ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/4702/2019]

① COSTAS

A la demandada.

2ª Instancia.- Comodoro Rivadavia, abril 1 de 2019.

Considerando: 1. Que a fs. 453/461 —aclarada a fs. 532/533 vta.—, esta Cámara Federal confirmó parcialmente la sentencia de fs. 404/409, en cuanto declara en el caso concreto la inconstitucionalidad del art. 755 del Código Aduanero, y del decreto N° 793/2018 —con las reformas introducidas por el decreto 865/2018— por el período comprendido desde el 04/09/2018 hasta el 12/12/2018 —conforme determina en la aclaratoria—, en que fuera promulgada la ley 27.467, y revocó la imposición de costas, imponiéndolas en ambas instancias en el orden causado.

2. Que para pronunciarse en el sentido indicado, este Tribunal comenzó por tratar la admisibilidad de la acción de amparo, siendo que la pretensión se circunscribe al control de

constitucionalidad de las normas declaradas inválidas, no requiriendo un marco probatorio más extenso que exceda las constancias de la causa; sopesando asimismo, que el Estado Nacional no ofreció prueba alguna ni medidas que justificaran la improcedencia de un proceso de características sumarias.

En cuanto al fondo de la cuestión, se partió de la base que el decreto 793/2018 —modificado por el dec. 865/2018— estableció un derecho de exportación para consumo de todas las mercaderías comprendidas en las posiciones arancelarias de la nomenclatura común del Mercosur (NCM) del 12% —conforme lo especifica—; por ende, una carga pecuniaria coactiva para el sujeto pasivo que realice la acción gravada prevista por la norma, con destino a las arcas públicas.

Este derecho de exportación constituye un acto unilateral del Estado, cuya justificación emana del poder tributario que la Constitución Nacional le otorga al Congreso—, y su cumplimiento a los particulares; en el mismo sentido, se tuvo en cuenta que la CSJN ha destacado que el Código Aduanero brinda la

posibilidad de establecer este tipo de gravámenes, no sólo con finalidad recaudatoria, sino con el objeto de cumplir con otros fines estatales, de manera directa, como herramienta de política económica, social y monetaria. (art. 755, inc. 2, y apartados), fundamentos a que hace alusión el Poder Ejecutivo en los considerandos de la norma.

De todas formas, entiende esta Alzada que el derecho de exportación es por naturaleza un tributo, específicamente, un impuesto. En esta tesitura, entendió que la distinción que pretende introducir la accionada, en el sentido de que no constituye la creación de un impuesto interno, sinónimo de la aplicación de un gravamen externo, para apartarse del fallo “Camaronera Patagónica” 337:388, no es procedente, toda vez que ambos comparten la misma naturaleza jurídica, y obedecen a idénticos principios constitucionales.

Siendo que la ley fundamental prescribe en los artículos 4, 17 y 52, que sólo el Congreso impone las contribuciones referidas, lo que a la vista de la CSJN significa la prohibición a otro poder —que el legislativo— establecer impuestos, contribuciones y tasas.

Así, este Tribunal entendió que el principio de legalidad tributaria imposibilita en este aspecto la delegación legislativa al Poder Ejecutivo que surge del art. 76 de la Carta Magna; asimismo, se cita la distinción efectuada por la Corte en cuanto, la diferencia existente entre “delegación del poder para hacer ley” y “conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo”, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Por ende, esta Alzada entendió que las facultades del Poder Ejecutivo estaban acotadas al ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 99 inc. 2° de la C.N.).

En mérito a la brevedad, cabe concluir que la sentencia que aquí se ataca entendió aplicable la doctrina sentada en el precedente de la CSJN “Camaronera Patagónica”, declarando la inconstitucionalidad de los decretos 793/2018 y 865/2018 y del artículo 755 del CA, por el período comprendido entre el 04/09/2018 y 12/12/2018 —conforme Aclaratoria de fs. 532/533 vta.—, oportunidad en que dichas normas fueron recogidas por la ley 27.467 dictada por el Congreso Nacional.

En ese aspecto, también se determinó que la citada ley no podía convalidar con efecto retroactivo los inicios nulos —de nulidad absoluta, art. 19 LNPA— de los decretos en cuestión, por ende, el tributo resulta aplicable a partir de la promulgación de la citada ley 27.467.

3. Que contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional demandado dedujo el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48. Corrido el traslado que prevé el art. 257 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el mismo recibe réplica de la actora a fs. 556/566 vta., solicitando a esta Alzada se rechace el recurso interpuesto, con costas por los argumentos que esgrime.

4. Que el Estado Nacional sustenta su planteo señalando que se está en presencia de una cuestión federal, en atención a las normas involucradas en el *sub lite* el representante del Estado Nacional sostiene que la sentencia es contraria al derecho federal invocado en primera instancia por su parte y a la interpretación de las leyes involucradas, que remiten directamente a la interpretación de la Constitución Nacional (art. 43, 99 y 116), a la ley 16.986, y a leyes de indudable naturale-

za federal como el decreto 793/2018, 26.939, 27.428, 27.429, 27.431 y 27.467).

Del mismo modo argumenta respecto de la relación directa e inmediata de la cuestión con las disposiciones constitucionales invocadas, considerando que el fallo proviene del superior tribunal de la causa, que pone fin a la cuestión debatida impidiendo el planteo de la cuestión en otro juicio, lo que le causa un gravamen de imposible reparación ulterior, por lo que a su entender, se encuentran presentes los requisitos formales que hacen a su procedencia.

Por lo demás, interpreta que el Tribunal ha omitido fundar en debida forma su decisión, incurriendo en lo que la doctrina denomina supuestos de sentencias infundadas o deficientemente fundadas, constituyendo así una resolución arbitraria y que ha aplicado un marco jurídico que no corresponde a las constancias de la causa.

Entiende que en el decisorio recurrido el tribunal incurre en diversas arbitrariedades. En primer lugar, admite la vía de amparo sin requerir la falta de idoneidad de otra vía, cita el fallo utilizado por la instancia de origen, sin refutar las objeciones planteadas en los agravios expresados por la recurrente. Asimismo, incursiona en la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones políticas de política económica o fiscal. Critica la decisión de Alzada en cuanto acusa erróneamente a los decretos cuestionados de infringir el principio de reserva de legalidad tributaria.

Además, invoca la teoría de la gravedad institucional conforme la relevancia de la cuestión excede el interés particular de las partes, toda vez que incursiona en las facultades que expresamente se le otorgan al Poder Ejecutivo con la finalidad de obtener un equilibrio fiscal, imprescindible para la economía nacional en un contexto internacional desfavorable.

Finalmente, solicita la declaración de los efectos suspensivos del remedio federal interpuesto.

5. Que descriptas las vicisitudes procesales aquí en juego, conforme los planteos de la recurrente y en el entendimiento que el recurso extraordinario no implica una tercera instancia en nuestro ordenamiento jurídico, comenzaremos por descartar la tacha de arbitrariedad en la interpretación de las leyes federales que esboza, “puesto que de existir, en rigor, no habría sentencia propiamente dicha” (Fallos: 323:2245).

En tal sentido, la doctrina jurisprudencial elaborada por la misma Corte Suprema en materia de sentencia arbitrarias ha establecido reiteradamente que ella no tiene por objeto la corrección en tercera instancia de decisiones que a criterio de los recurrentes se estimen equivocadas (Fallos: 245:327), sino que, por el contrario, está dirigida a la revisión de los pronunciamientos en los que se advierta la inexistencia de las calidades mínimas para que el acto impugnado constituya una sentencia judicial (Fallos: 237:74; 239:126).

Si bien incumbe exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgar sobre la existencia o no de un supuesto de arbitrariedad de sentencia, ello no exime a los órganos judiciales llamados a expedirse sobre la concesión del recurso, de resolver si la apelación —*prima facie* valorada— cuenta respecto a cada uno de los agravios que la originan con fundamento suficiente para dar sustento a la

invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional como lo es el de arbitrariedad (A. 1111. XLIV, 07/04/2009, T. 332, P. 761).

De esta forma, resulta que la decisión de esta Alzada no fue innovadora ni novedosa, sino que se limitó a aplicar las pautas establecidas por la CSJN en sendos precedentes —“Camaronera Patagónica” 337:388, así como; Fallos: 155:290; 248:482; 303:345; 312:912; Fallos: 316:2329; 318:1154; 319:3400; 321:366 y 263; 323:240; Fallos 182:411; Fallos: 329:1554; Fallos: 326:4251; “Delfino” Fallos 148:430; Fallos: 328:940; Fallos: 315:2530; “Pedro Inchauspe” —Fallos: 199:483—; “Laboratorios Anodia” —Fallos 270:42—; “Conevial” —Fallos 310:2193— entre otros), precedentes que sustentan la línea argumental —a la cual remitimos— que llevan al resolutorio de la decisión atacada.

Por los motivos expuestos, a nuestro entender, no se presenta en la especie un supuesto de arbitrariedad, caracterizado claro está, por el “error inconcebible para una racional administración de justicia”, doctrina que no ha sido instituida para corregir sentencias que se postulen equivocadas, sino que atiende a supuestos de gravedad extrema en los que se verifica un apartamiento inequívoco de la solución prevista por la ley o una absoluta falta de fundamentación (Fallos:311:2187; 313:62, etc.).

6. Por último, cabe referirse a la gravedad institucional invocada para justificar la admisibilidad del recurso federal, apreciamos que tampoco la cuestión decidida reúne tales características.

En esa línea y para precisar tal concepto, se ha dicho que la propia Corte Suprema ha

dibujado el perfil de la gravedad institucional, al incluir en ese rubro: “cuestiones que afectan el orden institucional o el fondo de las instituciones nacionales, o las instituciones fundamentales que el Recurso Extraordinario tiende a tutelar”; no aludiendo “a cualquier cosa o problema, sino a organizaciones fundamentales del Estado, nación o sociedad, que constituyen el basamento sobre el que se asienta la misma que se ven afectadas o perturbadas en el caso sometido a decisión”; existiendo “la gravedad o el interés institucional cuando lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe también a la colectividad; vulnera un principio institucional básico y la conciencia de la comunidad; o puede resultar frustratorio de derechos de naturaleza federal con perturbación de la prestación de servicios públicos” (Vanosi, Jorge Reinaldo “El recurso extraordinario” en El Dial 03/02/2003 Revista Prudentia Iuris N° 53).

A partir de ello, no se verifica ninguno de los supuestos mencionados, por lo que en ese contexto, corresponde rechazar el planteo, toda vez que dicha causal ha sido invocada en términos genéricos y en forma que no satisface el requisito de fundamentación del recurso extraordinario, —exigible de acuerdo con el art. 15 de la ley 48—, en cuanto se demanda que la existencia de la misma deba ser objeto de un serio y concreto razonamiento que la respalde (Fallos: 302:518, entre otros).

Por todo lo expuesto, se resuelve: Rechazar el recurso extraordinario deducido a fs. 539/554 vta., con costas a la demandada. Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. — Javier M. Leal De Ibarra. — Aldo E. Suárez. — Hebe L. Corchuelo de Huberman.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Civil N° 19, secretaria única, comunica por dos días en autos: “ZAMUDIO, ARNALDO ARIEL Y OTROS c/MARTINEZ AVALOS ELIGIO s/DIVISIÓN DE CONDOMINIO”, Exp. N° 101156/2005, que el martillero Mariano Enrique Casimiro CUIT 20-25683912-2, subastará el día 8 de mayo de 2019 a las 11.15 hs. en punto, en la Sede de la Oficina de Subastas Judiciales, calle Jean Jaurés 545 de esta Ciudad, el 50% indiviso del bien sito en la calle Murguiondo 3443/45/47/49, UF N° 2 de la PB y del 1° piso, matrícula F.R. 1-43439/2, de Capital Federal. Dejando constancia que la parte actora desistió de la ejecución de sentencia por división de condominio, subsistiendo únicamente la pretensión de cobro de las sumas adeudadas por canon locativo. Del informe del martillero surge que se encuentra en regular estado de conservación, antigüedad estimada 70 años. Consta de: Living comedor, patio, cocina completa, 2 baños completos, lavadero, 3 habitaciones, terraza, en la cual se haya construida una habitación. La dimensión total aproximada del bien es de 140 mts. 2, en los cuales se encuentra 30 metros descubiertos en la terraza. Actualmente se encuentra ocupado por la Sra. Glendy Lira y sus cuatro hijos, contrato vigente hasta marzo de 2017. Esta venta se realiza al contado y al mejor postor, base dólares estadounidenses 30.000. Señala 30% Comisión 3% y Arancel (Acordadas 10/99 y 24/00) 0,25%, todo en dinero en efectivo en el acto de la subasta, dejando constancia que en caso de resultar adquirente en la subasta la ejecutante se encontrará eximida del pago de la señal. Debiendo el comprador constituir domicilio legal en la Capital Federal, bajo apercibimiento de que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas en la forma y oportunidad previstas en el art. 133 del CPCC. El adquirente deberá depositar en autos el saldo de precio dentro del quinto día de aprobado el remate,

bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 580 del CPCC. Adeuda al 28/03/2019: ABL: \$10.928,13 en gestión judicial, más \$4.406,22 en sede administrativa. Al 07/3/19 (fs. 389/390), AySA: \$36.288,99 al 27/03/19 (fs. 391), Aguas Argentinas \$10.182,10 al 02/05/2013 (fs. 214), expensas no abonadas según declaración jurada de la parte ejecutante y condómina. En virtud de lo dispuesto por la doctrina plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 19/2/1999, en autos “Servicios Eficientes S.A. c/Yabra Roberto Isaac s/Ejecución Hipotecaria”, no corresponde que el adquirente en subasta judicial afronte las deudas que registra el inmueble por impuestos, tasa y contribuciones, devengadas antes de la toma de posesión. Se deja constancia. Publíquese edictos por dos días. Exhibición: 6 y 7 de mayo de 10 a 11.30 hs.

Buenos Aires, 24 de abril de 2019
Rodrigo Gastón Silva, sec.
LA LEY: I. 02/05/19 V. 03/05/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que BEATRIZ ELENA LANDER RISSO de nacionalidad venezolana con DNI 95.460.605 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. 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, 12 de febrero de 2019
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 02/05/19 V. 03/05/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaria Nro. 15, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que a nombre: CLARIBEL JOSEFINA COLMENARES MONTIEL, nacida en Maracaibo -Zulia - Venezuela, el 12

de junio de 1979, con D.N.I. N° 93.950.641, ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 1 de febrero de 2018
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 02/05/19 V. 02/05/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaria Nro. 15, sito en Libertad 731, 7° piso de Capital Federal, hace saber que a nombre: INA PAOLA ROJAS IBÁÑEZ, nacida en Chuquisaca - Oropeza - Sucre - Bolivia, el 10 de agosto de 1987, con D.N.I. 93.878.278 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LA LEY.

Buenos Aires, 1 de febrero de 2018
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 02/05/19 V. 02/05/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 10, sito en la calle Libertad 731, piso 10° de la Capital Federal, hace saber que, VENTURA LIRANZO ALTAGRACIA con DNI: 93.724.844, de ocupación ama de casa, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 5 de febrero de 2018
M. Andrea Salamendy sec.
LA LEY: I. 02/05/19 V. 02/05/19