

¡Codificado Para la Exportación!

La Dimensión Contextual del Marco Civil de Internet en Brasil

OSVALDO SALDÍAS¹

Instituto Alexander von Humboldt para Internet y Sociedad Berlín.

Submissão 13.11.2014

Decisão editorial 02.12.2014

Comunicação ao autor 02.12.2014

Durante el mes de abril de 2014, en el marco de la celebración de la conferencia internacional sobre *internet governance* RED Mundial (NET Mundial) en Sao Paulo, el parlamento de Brasil aprobó su Marco Civil de Internet.

Como marco jurídico que es, Marco Civil apunta a regular al menos tres áreas críticas en el campo del derecho y política de internet: protección de datos, neutralidad de la red y libertad de expresión. La razón para regularlas en conjunto responde a la voluntad de asegurar tanto los derechos de los ciudadanos como también la coexistencia civil entre usuarios y proveedores. Tal enfoque holístico es inusual en el contexto global, y no sorprende que haya acaparado atención mundial. Adicionalmente, no tardó mucho tiempo hasta que actores claves del mundo político comenzaron a exigir que Marco Civil fuese usado como un modelo para la región, o incluso para el mundo. Para muchos políticos, legisladores y activistas Marco Civil es muy atractivo, ya sea por su enfoque comprensivo, o porque no ha sido promovido por un país totalmente industrializado. Tal como demuestro en este trabajo, Marco Civil da la impresión de haber sido codificado genéticamente para la exportación a pesar de tener orígenes muy locales e idiosincráticos. Ésta vocación regional que Marco Civil pareciera tener nos obliga a preguntarnos si acaso este cuerpo está en condiciones de ser difundida y diseminada a través de Sudamérica. Con todo, y a pesar que la iniciativa comenzó en 2007, pareciera que no existe aún una reflexión sobre la dimensión transnacional o externa de Marco Civil. Para aquellos que creen que el contexto de un determinado cuerpo legal puede influir decisivamente el derecho, la cuestión de una dimensión externa

1 Este artículo nace de una conferencia dictada por el autor en el seminario internacional *Marco Civil da Internet: Direito, Inovação e Tecnologia, impartida en el Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)*. El artículo se benefició de invaluable comentarios de los asistentes, así también como de los comentarios de Prof. Dr. Ingrid Pernice, Rüdiger Schwarz, y de Dr. Ulrike Höppner. Cualquier error es imputable exclusivamente al autor.

o comparativa del derecho es crucial. Por el contrario, algunos observadores no consideran el contexto demasiado relevante para que el derecho surta efectos. Éstos últimos suelen asumir que lo que realmente importa es el mero texto de las leyes. Muy cercano a esta perspectiva está la suposición que los problemas jurídicos son muy similares en cada región, y que suele haber una solución similar para problemas que son similares. Es la llamada *praesumptio similitudinis*, un supuesto que ha promovido soluciones legales funcionales a través del mundo.²

La perspectiva que este artículo quiere proponer supone que el contexto sí importa. El contexto determina mayormente la eficacia de las leyes, y la dimensión externa o transnacional de Marco Civil no puede ser entendida sin sus elementos contextuales. Así, el artículo hace un primero intento por esbozar la dimensión externa de Marco Civil, identificando los vínculos funcionales que harían Marco Civil tan apto para ser exportado. Entre éstos vínculos encontramos ideas y conversaciones (pilar de neutralidad de la red), una cierta idea de determinismo tecnológico (pilar de protección de datos), y de competencia entre sistemas (pilar de libertad de expresión).

LEYES CODIFICADAS GENÉTICAMENTE PARA LA EXPORTACIÓN

El impulso inicial para Marco Civil vino de la comunidad académica, y el enfoque hacia la regulación de internet puso el énfasis en formalizar los derechos subjetivos de los usuarios en vez de institucionalizar detalladamente los incumbentes modelos de negocio. Estos modelos dominaban el tráfico de internet de esos años y reforzaban la dimensión punitiva del derecho de internet. Los iniciadores de Marco Civil pertenecía predominantemente a la comunidad académica del derecho de propiedad intelectual y representaban una corriente refrescante que se articulaba a favor de un internet abierto y de fácil acceso. Sus reivindicaciones perseguían racionalizar el derecho penal y trasladar la carga de la prueba del uso malicioso de contenido online desde el individuo hacia la industria. Adicionalmente, una sensibilidad creciente acerca de la vulnerabilidad de grupos sociales de bajos ingresos económicos influyó decisivamente en la iniciativa.³ La realidad social en Brasil indicaba que de implementarse las leyes penales en la forma que lo establecía la llamada *Ley Azeredo*,⁴ más del 60% de la población se habría tornado en perpetradores criminales de la noche a la mañana.

2 Zweigert, Konrad (1973) Die "Praesumptio Similitudinis" als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode, In M. Rotonda (ed.) *Inchieste di Diritto Comparato-Scopi e Methodi di Diritto Comparato*: Lepaulle.

3 Véase por ejemplo, el artículo de Ronaldo Lemos y Paula Martins sobre las casan LAN y el sector informal: Lemos, R. and Martin, P. (2010) LAN Houses: A New Wave of Digital Inclusion in Brazil. *Information Technologies & International Development*. Vol. 6 Special Edition.

4 Véase Projeto de Lei de Crimes Eletrônicos, *PL Nr. 84/99*, available at the Web Site of the Brazilian Lower Chamber, <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15028>.

Los impulsores sostenían que las sanciones criminales debían ser solo medidas extremas para castigar las desviaciones de la coexistencia civil debidamente establecida, mientras que el predicamento brasileño era la falta de un marco civil – en oposición a lo criminal – previamente acordado que pudiese orientar a las personas en cómo debían comportarse en un ambiente digital. Las relaciones entre usuarios y actores de la economía digital que así emergían debían de regularse primero, estableciéndose derechos explícitos antes de penalizar las conductas violatorias más severas. Por lo tanto, el estado debiese de promulgar leyes penales sobre la base de un marco civil preexistente.⁵ De lo contrario se arriesgaría un severa desajuste entre el derecho en los libros (*law in books*) y el contexto social que no sólo amenazaría la aspiración de coherencia del sistema legal, sino que provocaría una aplicación de la ley altamente diferenciada. Dado que sería impensable encarcelar el 60% de la población, probablemente sólo una fracción menor sería juzgada criminalmente. Si consideramos las inequidades endémicas que afectan a las sociedades de América Latina podría especularse que los usuarios más pobres tendrían mayor probabilidad de ser perseguidas criminalmente, con motivo de un procesos de selección negativo que castiga a aquellos que tienen mayores dificultades para defenderse; un tipo de justicia de clases o *Klassenjustiz*. El jurista alemán Gustav Radbruch manifestaba en 1920 sus preocupaciones respecto del tratamiento penal asimétrico de los delitos contra la propiedad en comparación con el tratamiento de los delitos contra la integridad física. Los escritos de Radbruch durante la República de Weimar dan cuenta de su perplejidad frente al hecho que los casos de hurto eran investigados de oficio, mientras que los asaltos o delitos de lesiones corporales requerían una denuncia explícita de la víctima para ser investigados. La protección de bienes materiales, sostenía, es abundante comparada con la protección del único bien de los desposeídos: su fuerza de trabajo (*Arbeitskraft*).⁶ *Klassenjustiz*, entonces, no significa que un grupo particular tuerza la ley; más bien se refiere al uso discriminatorio de prejuicios, a pesar del hecho de que un juez tenga el convencimiento de esta actuando de buena fe.⁷

5 Lemos, R. (2007) Internet brasileira precisa de marco regulatório civil. UOL Tecnologia, 22 May 2007, disponible en <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>

6 “Noch gilt das Ding dem Rechte vielfach mehr als der Mensch. Noch bedroht unser Strafgesetzbuch den Einbruchs- und Rückfallsdiebstahl mit derselben Höchststrafe, wie den, der einm anderen absichtlich beide Augen ausschläge, noch wird einfache Körperverletzung nur auf Antrag des Verletzten, den Diebstahl oder Unterschlagung ungleich wahrscheinliche als bei Beleidigung oder Körperverletzung, noch genießt das Vermögen im Strafgesetzbuch selber den vielfältigsten Schutz, das einzige Vermögen des Unvermögenden aber: die Arbeitkraft, nur in zerstreuter Bestimmungen oder Sondergesetzen unvollständige und unzureichende Sicherung.” Radbruch, G. (1993). *Justiz, Reform des Rechtssens un der juristischen Ausbildung*. Gesamtausgabe. Gustav Radbruch. Band 13, Politische Schriften aus der Weimarer Zeit. A. Kaufmann. Heidelberg, C.F. Müller.

7 Ibid.

Si Marco Civil fue una respuesta concreta a un esquema jurídico que ignoro abiertamente la realidad social del uso de internet en Brasil, entonces ¿por qué debiésemos preocuparnos por su dimensión externa? No es acaso Marco Civil una reacción doméstica al derecho de internet doméstico?

Este artículo sugiere que aunque las leyes sean promulgadas localmente, a veces pareciera éstas codificadas genéticamente para ser exportadas. No es una sorpresa que tan pronto como Marco Civil fue promulgada, aparecieron voces muy autorizadas exigiendo que fuese usada como modelo para América Latina y para el mundo.⁸⁻⁹⁻¹⁰ La explicación para esto tiene que ver más con vinculaciones funcionales a nivel global que con ingeniería genética. La vinculaciones transnacionales de ideas, como también la naturaleza penetrante de Internet¹¹ son responsables de moldear la dimensión externa de las leyes que apunta a regular y dirigir la red.

Sin embargo, no es tarea fácil ponderar la dimensión externa de Marco Civil, especialmente cuando los orígenes son claramente locales. El potencial impacto de leyes codificadas para la exportación pueden ser valuado con la ayuda de la perspectiva comparativista. De hecho, la ciencia del derecho comparativo provee algunas herramientas analíticas para entender la migración de derecho desde un sistema a otro. Así, cualquiera que sea el entendimiento que tengamos sobre la misión del derecho comparativo, se ha dicho que sirve diversos propósitos: es primeramente una disciplina académica,¹² sirve como una herramienta para reformar el derecho doméstico,¹³ como una herramienta de construcción para llenar lagunas legales,¹⁴ como una ayuda complementaria

8 Norberto Berner, admitió públicamente que el Marco Civil es un modelo para la Comisión Argentina de Políticas de Internet: "Lo digo desde un sentido político. Yo quiero un marco civil de telecomunicaciones". <<http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/las-enseanzas-que-deja-la-regulacion-brasilena-internet>>.

9 El senador brasileño Lindbergh Farias sostuvo que el proyecto es un modelo, y como tal, explícitamente busca moldear la agenda internacional : <<http://www.alliance-journalistes.net/article300.html>>.

10 En una alocución después de su firma, Tim Berners-Lee se refirió a él como "a fantastic example of how governments can play a positive role in advancing web rights and keeping the web open" y llamó a a otros países a seguir el ejemplo: <http://www.theregister.co.uk/2014/04/23/new_bill_signed_in_brazil_guaranteeing_civil_rights_on_internet/>.

11 Schmidt, Eric (2013) Google in Europe: Innovations for a Digital Future, in Pernice, I. and Schwarz, R. (eds.) Europa in der Welt – Von der Finanzkrise zur Reform der Unión. Forum Constitutionis Europae- Band 12. Baden-Baden, Nomos.

12 Savigny, Carl F. (1814) Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg.

13 Cf. Sacco, Rodolfo (1991) Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, The American Journal of Comparative Law, 39, 1, 1-34.

14 Para una tipología interesante, véase Sitaraman, Ganesh (2008) The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation. Harvard Law Journal.

para interpretar normas jurídicas,¹⁵ y como una herramienta de promoción de la unificación sistemática y armonización del derecho.¹⁶

La complejidad de los problemas que emergen de un mundo *hiperconectado* pareciera borrar los claros límites entre estos propósitos del derecho comparativo. Desafíos jurídicos urgentes, como acaso “regular internet” impacta sobre la totalidad del instrumental disciplinario del derecho comparativo permeando los límites dentro de esta área. Por eso, al intentar elucidar Marco Civil desde la perspectiva comparado, será apropiado comenzar con tareas fundamentales como bosquejar el contorno de una dimensión externa o comparativa de la ley bajo examen. En esta caso no preguntamos sobre el significado concreto de la dimensión externa de Marco Civil. ¿Qué entendemos bajo aquello? Y ¿por qué importa?

Para iniciar el bosquejo del contorno de lo que debiese entenderse como la dimensión externa de Marco Civil, conviene comenzar el trabajo conceptual en el nivel abstracto, específicamente con la dicotomía textualismo-contextualismo. Por una lado, el contextualismo sugiere que si vamos a estudiar un sistema jurídico foráneo, debiésemos poner atención al contexto en su sentido amplio, y especialmente a su función social. Esta aproximación se ha vinculado frecuentemente con el movimiento “derecho en acción (*law in action*).¹⁷ El ejemplo paradigmático de esta perspectiva es la exigencia hecha por Montesquieu, en el sentido que el estudio debía considerar incluso los elementos geográficos de los sistemas legales. En un pasaje muy popular, sugirió que las leyes “debiesen ser hechos tan a la medida de las personas a las que se aplicarán, que no sería sino una mera coincidencia si las leyes de una nación pudiesen saciar las necesidades de otra”.¹⁸ Similarmente, Lawrence Friedmann advirtió que no debía entenderse las leyes como meros accidentes históricos, ni tampoco de forma autónoma de la economía y la sociedad. El derecho – sostenía Friedmann – debía ser concebido como un “espejo de la sociedad” que reflejaba sus “deseos y sus necesidades”.¹⁹

15 Häberle, Peter (1989) Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfte“ Auslegungsmethode, Juristenzeitung, p. 913 ff.; véase también Frankenberg, Günter (1985) Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law, Harvard International Law Journal, 26, 2, Spring, 411-56.

16 El derecho comparativo ha sido frecuentemente entendido como el estudio del derecho extranjero. Adicionalmente, esto ha servido propósitos relacionado con necesidades de la profesión jurídica más que con la lógica de la generalización y la formación de hipótesis de trabajo. Dado que los comparativistas son frecuentemente mandatados para informar sobre leyes extranjeras, las comparaciones legales han devenido en un mero apilamiento de datos sin guía teórica. Una tal “*malaise*” ha sido proclamada ya por William Ewald, quien hizo una analogía del derecho comparativo con la actividad de la trivía, en la que se coleccionan datos con esmero, pero sin consistencia metodológica alguna. Ewald, W. (1998). “The Jurisprudential Approach to Coparative Law: A Field Guide to ‘Rats’.” The American Journal of Comparative Law 46(4): 701-707.

17 Ewald 1998: 702.

18 Montesquieu, Charles (1961) De l'Esprit des Lois. Book I, Ch. 3 (Des lois positives) Ed. Garnier Frères [1741].

19 Friedmann, Lawrence (1973) A History of American Law. Simon and Schuster: New York.

Compitiendo con el contextualismo encontramos el textualismo, principalmente basado en las ideas promovidas por Alan Watson, que argumentaba que el derecho es autónomo de la sociedad que lo rodea. Se basa en el hecho que el Corpus Juris Civilis fue trasplantado desde el derecho romano, esencialmente sin alteraciones de sociedad en sociedad. No pretendo arbitrar este antiguo debate, sino más bien examinar uno de los argumentos puestos sobre la mesa: la existencia del recurrente fenómeno de los “transplantes” o “transferencias”. Estas migraciones están contenidas en el término “derecho en los libros” (*law in books*).²⁰

Con la ayuda de la dicotomía textualismo-contextualismo, el artículo examinará como los elementos contextualistas impactan y ejercen presión sobre el Marco Civil, influyendo en su interpretación, y anticipará posibles colisiones de políticas regulatorias con los vecinos de Brasil. Esta materia comienza por delinear lo que he llamado la dimensión externa o transnacional del Marco Civil; una dimensión que permanecería invisible sin no fuera por la perspectiva comparativa. No sostengo ser exhaustivo en ello. He seleccionado tan solo una norma de cada uno de los tres pilares del Marco Civil, esto es, protección de datos, neutralidad de la red y libertad de expresión.²¹ La selección de estos problemas jurídicos es intencionalmente exploratoria pues no tengo conocimiento sobre la existencia de eventuales trabajos científicos que a la fecha hayan hecho una reflexión del rol global de Marco Civil.

CUANDO EL CONTEXTO CAMBIA CON EL TRASCURSO DEL TIEMPO: LA PROTECCIÓN DE DATOS.

Un de los pilares del Marco Civil es la protección de datos, regulado en su capítulo II. Al regular el tratamiento de datos personales, el cuerpo normativo exige a los controladores de dato contar con el consentimiento explícito de la persona afectada antes de procesar sus datos.²² La figura del consentimiento informado supone que el sujeto de datos ha entendido razonablemente las implicancias que se derivan del hecho de prestar el consentimiento. La figura se asemeja al la *Einwilligung* alemana. Empoderar a los ciudadanos para tener el control de la información sobre ellos no es algo nuevo en Brasil. Durante la dictadura (1964-1985), el estado acumuló secretamente información crítica sobre sus ciudadanos con el objeto de controlar la oposición política. Al

20 Watson, A. (1993). *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Athens and London, The University of Georgia Press.

21 El Marco Civil se hizo conocido por estos tres pilares. Sin embargo, hay otro aspecto que no ha logrado la misma notoriedad: la modernización de la administración pública.

22 Marco Civil de Internet: “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;”. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>.

restablecerse la democracia y desaparecer el Servicio Nacional de Información, las organizaciones civiles temieron que los datos y la información recolectada pudiera ser destruida en un intento por ocultar las acciones llevada adelante por órganos del estado. Así, y con el objeto de permitirle a los ciudadanos conocer la información sobre ellos contenida en las bases de datos del estado, es que la constitución de 1988 contiene la acción judicial Habeas Data. De acuerdo con esta figura jurídica, toda persona tiene el derecho de exigir acceso a los datos – previamente secretos – en poder del estado. Esta acción constitucional reforzó la noción colectiva que los datos e información sobre la persona afectan su esfera íntima y puede condicionar la autodeterminación individual.²³ Por eso, de acuerdo con la norma, el individuo afectado tiene el derecho a conocer, corregir o complementar los datos existentes. A pesar de que fue originalmente concebido no como un derecho subjetivo sino que como una acción judicial, el Habeas Data promueve un entendimiento sistemático de la constitución de 1988. También influyó una porción de las legislación de América Latina, un hecho que no intencional pues el recurso nunca fue creado con la intención de transformarse en un modelo para la protección de datos en la región.²⁴ Por lo tanto, podría decirse que la noción de “consentimiento informado” – aunque prestada desde Europa – es una figura que encontró un contexto local distintivo y que ha complementado una figura preexistente como el Habeas Data.

El desafío es entender el Marco Civil como un potencial donante de normas. Los estudios comparativos en derecho y política ofrecen un instrumental analítico para el estudio de la difusión de normas que es útil para ello. Las comparaciones no se restringen a criterios geográficos, es decir, comparar dos sistemas foráneos. Muy por el contrario, el comparativista está igualmente interesado en criterios de anacronismo como, por ejemplo, comparar un solo sistema en períodos distintos de su historia. Las comparaciones anacrónicas permiten el análisis de leyes que han regido un mismo lugar; pero es igualmente posible estudiar un mismo cuerpo jurídico a través del tiempo.²⁵ Mientras el texto legal perdura, usualmente enfrentará un contexto socio-legal cambiante. Así, entender el cambio contextual puede ser crucial para comprender adecuadamente las instituciones jurídicas y políticas.²⁶

El factor tiempo se torna especialmente relevante cuando se trata del avance tecnológico. Para el momento que el derecho se haya ocupado de

23 Mendes, Gilmar and Branco Paulo (2014) Curso de Direito Constitucional. 9th Edition. Saraiva: São Paulo, p. 449.

24 Doneda, Danilo. (2008). 5º Encontro Íbero-Latino-Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital. Florianópolis. Disponible en <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/livro_governo_eletronico_2.pdf#page=55>.

25 Djelic, Marie-Laure (2007) Sociological Studies of Diffusion: Is History Relevant?, en: Uppsala Lectures in Business Uppsala University, Department of Business Studies.

26 Nohlen, Dieter (2007) Ciencia Política. Teoría Institucional y relevancia del contexto. Ed. Universidad del Rosario: Bogotá, 2nd Ed.

regular la tecnología, el estado del arte tecnológico probablemente habrá cambiado y avanzado. El Dilema de Collingridge probablemente mejor retrate esta dificultad. Douglas Collingridge formuló el famoso dilema consistente en la dificultad de regular o controlar la tecnología bajo condiciones de incertidumbre. Es incierto, sostenía Collingridge, hacia *dónde* y *cómo* evoluciona la tecnología. Es virtualmente imposible predecir eventuales consecuencias no deseadas de las tecnologías en un estado temprano de desarrollo. Sin embargo, cuando las consecuencias problemáticas de una determinada tecnología se tornen visibles, será muy tarde para regularla dado su arraigo en la sociedad.²⁷ Cuando las industrias vean que pueden beneficiarse tanto de la eficiencia de proveedores especializados de tecnologías de la información (TI), como también de las economías de escala que subyacen al mercado de la industria tecnológica, comenzarán a aceptar su dependencia de estos terceros proveedores. Lokke Morel sugiere que dado que esta lógica de competencia mercantil, la TI se está tornando en una función crítica para las compañías con la consecuencia que “ahora vemos los signos tempranos de la tecnología de la información transformándose en ‘servicio público’” (*utility*). Morel va incluso más allá del dilema de Collingridge y suscribe al llamado imperativo tecnológico; la tecnología, según Morel, no puede ser detenida y avanzará alejándose del control de los reguladores.²⁸ Nicolás Carr resumió este imperativo con la elocuente frase “*the grid always wins*”.²⁹

En relación con la explosiva expansión de Internet, tan sólo unos años atrás habían nociones optimistas respecto del impacto inherentemente positivo sobre la sociedad. Entre los más connotados está Yochai Benkler, quien predijo una substancial mejora democrática de las redes.³⁰ Hoy, la mayoría de los autores está reconociendo un sentimiento de desencanto.³¹ Entre las variadas sugerencias hechas por David Collingridge para tratar el dilema está el desarrollar tecnologías que permanezcan dentro del control de los tomadores de decisiones políticas. Nótese, eso sí, que esta sugerencia es una de un conjunto de soluciones propuestas por Collingridge. Si uno fuese totalmente justo con la tesis de “*The Social Control of Technology*” y quisiera escrutar el real impacto de sus aseveraciones, entonces estas aseveraciones debiesen de ser consideradas en su conjunto. Como quiera que fuese, mientras el estado del arte de la tecnología avanza, algunos autores han sugerido que no todas

27 Collingridge, David. (1980). *The social control of technology*. New York, St. Martin.

28 Morel, Lokke (2014) *Big Data Protection. How to Make the Draft EU Regulation on Data Protection Future Proof*. Appointment Lecture, Tilburg University, 14 February. p. 6. Available at <http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/NEWS%20-%20PUBLICATIONS/Moerel_oratie.pdf>.

29 Nicholas Carr (2013) *The Big Switch. Rewiring the world, from Edison to Google*. W.W. Norton & Co.: New York.

30 Benkler, Yochai (2006), *The Wealth of Network. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. Yale University Press: New Haven and London.

31 Moerel (2014).

las premisas consideradas por Collingridge mantenga su validez en los tiempos que corren. Liebert and Schmidt sostienen que dado que hemos entrado en el periodo de la tecnociencia, muchos de los elementos contextuales han ido cambiando de forma dramática. Así, la cultura de la ciencia ha cambiado tornándose, en consecuencia, el conocimiento en “ubicuo a través de todo el proceso de innovación”.³²

De la visión mencionada puede derivarse que la regulación de la tecnología (de la información) no sólo supone tomar decisiones bajo condiciones de ignorancia o incertidumbre, sino que también implica que dirigir la evolución tecnológica es un desafío para la toma de decisiones políticas. El proceso de dataficación (*datafication*) que está siendo desatado por la analítica *big data* parece confirmar esta visión determinística. Los informáticos están ahora en condiciones de derivar nuevos tipos de comprensión de sus datos gracias al volumen, la velocidad, y la variedad de sus fuentes. Nuevos patrones para inferir aparecen cuando estos océanos de datos comienzan a ser visualizados, y los observadores comienzan a identificar correlaciones entre fenómenos; correlaciones que pueden sonar totalmente contra intuitivas para todo aquél que está acostumbrado a pensar en términos consecuenciales. Por lo tanto, emergen nuevos usos potenciales para los datos; y para que esos usos secundarios puedan proporcionar tal perspicacia el analista requiere más que “muchos” datos. Requerirá “todos los datos”.³³ Las inferencias y predicciones que se torna posibles ya están incorporadas en nuevos servicios y modelos de negocios disponibles tanto para el sector privado, como para el público. Deshacer *big data* ya parece impensable y comienza por confirmar el dilema de Collingridge. Observadores están advirtiendo progresivamente que el usuario no tiene medios para prever todos los usos posibles de los datos personales. En este escenario, los requerimientos de consentimiento informado a minimización de datos pierde toda su eficacia. Cuando el usuario marca el casillero al final de una página web las advertencia de exención de responsabilidades se torna cada vez más un acto banal.³⁴

Contodo, hay algunos autores que rechazan cualquier tipo de determinismo tecnológico que pueda emerger de este debate. No obstante admitir ellos que es sólo una cuestión de tiempo hasta que la tecnología encuentre su camino, sostienen que no es verdad que la sociedad no pueda controlarla por medio de regulaciones. Francis Fukuyama sugería que “el pesimismo respecto de la

32 Liebert, W. and J. C. Schmidt (2010). “Collingridge's dilemma and technoscience.” *Poesis Prax*(7): 55-71. (traducción propia).

33 Mayer Schönberger, Viktor and Cukier, Kenneth (2013) *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*. Houghton Mifflin Harcourt: Boston and New York.

34 Lokke Moerel lo llama „routinization of consent“, Moerel (2014) p. 24, también refiriéndose a Brownsword, Roger (2009) *Consent in Data Protection Law*, in Gutwirth, S. et al. (eds.) *Reinventing Data Protection?* Springer, p. 90.

inevitabilidad del progreso tecnológico está errado, y podría convertirse en una profecía auto cumplida si fuese creída por demasiada gente. Pues simplemente no es el caso que la velocidad y el ámbito del desarrollo tecnológico no puedan ser controlado.”³⁵

En este punto, el comparativista preguntaría si acaso no se vislumbra ya, que el contexto de los usos de los datos puedan influir decididamente la eficacia de la ley a través del tiempo. Comparando el estado del arte tecnológico en el año 2007 con el actual, podría decirse que si ha de exportarse el Marco Civil a la región, entonces sería aconsejable incluir una reflexión sobre la *dataficación* y los notables cambios que provocan al contexto en el que debe operar la ley. Big data está ejerciendo una fuerte presión sobre nuestros paradigmas de pesquisa informacional, nuestro razonamiento, como también, nuestro sentido de identidad.

CUANDO LAS CONVERSACIONES Y LAS IDEAS MOLDEAN EL CONTEXTO: NEUTRALIDAD DE LA RED

El Marco Civil zanjó la cuestión de la neutralidad de la red en Brasil. El Artículo 9 introduce la política formal de la neutralidad de la red, el segundo pilar. Neutralidad de la red es un principio, de acuerdo con el cual el acceso a la red, a sus aplicaciones, sus contenidos y páginas webs deben ser proporcionadas por sobre la base de la no-discriminación. Aquéllos que administran la red no deben dar prioridad a algunos usuarios por sobre otros en términos de calidad o velocidad.

Si aceptamos la tesis del Derecho en Contexto (*law in context*), podemos jugar con la idea que cuando las leyes y normas comienzan a diseminarse, enfrentan contextos históricos y sociales muy específicos a los que se adaptan y en los que se transforman.³⁶ Esto es contextualización en acción. Cuando se trata de ideas y creencias, éstas deben ser traducidas “desde un tiempo histórico y marco cultural a otro. Estos procesos de traducción pueden incluir apropiación, resistencia y reinterpretación”.³⁷ El enfoque Derecho en Contexto no se interesa tanto en las propiedades exegéticas de las leyes. Mas bien pregunta por el contacto, impacto o interacción entre el derecho y el contexto; lo que llamamos contextualización. Para que ese ejercicio sea significativo, se requiere considerar los elementos promotores de la importación y exportación de las leyes. Un elemento promotor importante puede ser, por ejemplo, una simple idea, especialmente cuando sea capaz de persuadir a legisladores de promulgar determinadas leyes. Por lo tanto, el proceso de traducción es muy determinante

35 Fukuyama, Francis. (2002). *Our Posthuman Future*. London, Profile Books. (traducción propia).

36 Véase e.g. Djelic, Marie-Laure (2007) *Sociological Studies of Diffusion: Is History Relevant?*, in: Uppsala Lectures in Business Uppsala University, Department of Business Studies.

37 Börzel, Tanja and Risse, Thomas (2012) *From Europeanisation to Diffusion: Introduction*. West European Politics, Vol. 35, Issue 1.

para que las ideas puedan viajar, y para que éstas ideas puedan persuadir a los tomadores de decisión de adoptar determinados cuerpos regulatorios.

Así, a menos que suscribamos a la tesis textualista o Derecho en los Libros, podemos ver la función crítica de las ideas en las que se basan las leyes. Estas ideas viajan. Mas aún, están conectadas con el texto de las leyes que comienzan a ser adoptadas en el nuevo marco local. Esta conexión entre las ideas que viajan y las leyes que emergen sobre ellas son uno de los mayores determinantes de la contextualización del derecho; y la ciencia del derecho comparativo es la disciplina llamada a entender la interacción entre la ideas que viajan, su adaptación y, finalmente, su cristalización en una ley. La diseminación de leyes a través de territorios tendrá un mecanismo diferente dependiendo de si acaso la ley ha sido incorporado por motivos de mera imitación o por un proceso racional de socialización y persuasión. Esta herramienta analítica es aplicable a la diseminación de la ley que establece el principio de neutralidad de la red en Brasil. La búsqueda de la dimensión externa del Marco Civil nos conduce a observar las ideas y debates alrededor de la política pública de neutralidad de la red. ¿Cómo se difunden? ¿Cómo es el contexto que las recibe? ¿Cuáles son las implicancias más probables de importar ideas y promover leyes basadas en estas ideas?

Por el contrario, el enfoque Derecho en los Libros preguntaría inmediatamente si acaso no hay otros sistemas que hayan incorporado el *texto* de las leyes que regulan la neutralidad de la red. Así, los textualistas dirigirían la atención al caso de Chile, donde la neutralidad de la red ha sido establecida por ley ya en 2010, y asumirían que probablemente exista un vínculo entre estos casos. El enfoque contextualista, en cambio, se interesaría en comparar los contextos, suponiendo que existen nexos y funciones entre el texto y el contexto. Por eso, una pregunta contextualista sería la siguiente: Cuáles son, en términos de su relación con el respectivo contexto, las diferencias entre el caso chileno (o cualquier otro en Sudamérica) y el caso Brasileño? Existe un vínculo entre los ambientes jurídico-políticos de los sistemas Sudamericanos con el sistema de Brasil en particular? Si fuese así, cuál es el papel que juegan estos vínculos en el establecimiento del derecho de Internet en general, y neutralidad de la red en particular?

La literatura sobre difusión de normas e ideas – y en especial su instrumental analítico – son muy útiles para responder tales preguntas. Cuando ideas y debates son diseminadas, transmitidas y exportadas, conllevan el potencial de persuadir a otros para que actúen de determinada manera. Igualmente pueden provocar nuevas conversaciones; conversaciones que nutrirán el medio ambiente intelectual y político, así como también el contexto cultural en sentido amplio. Sin embargo, el investigador comparativista no solo se interesa por las particularidades idiosincráticas de un determinado sistema

legal. Como sugiero mas arriba, la interacción resultante entre sistemas es lo que le interesa al científico. Al regular la neutralidad de la red, el Marco Civil de Internet hace contacto con el contexto jurídico de los distintos sistemas legales de Sudamérica; impacta en sus conversaciones, sus culturas jurídicas, como también en las convicciones subyacentes respecto de sus economías políticas. Mas aún, cuando se trata de la gobernanza de Internet, esas ideas y convicciones adquieren un rol fundamental. Justin Hurwitz lo explicitó en su crónica sobre la creación del Internet Governance Forum; sugirió que “controlar la gobernanza de Internet requiere que se controle la conversación sobre gobernanza de Internet”.³⁸ La formulación de Hurwitz sugiere que en el caso de gobernanza de Internet el acto de deliberación y su contenido son muy importantes. En la medida que la conversación y las ideas sobre Internet sean traducidas al contexto, aquellas formarán parte de este último y podrán tener una influencia en el control de Internet incluso mayor que el proceso legislativo formal que encontramos actualmente en el derecho internacional público o en el derecho constitucional.

Así, delinear la dimensión externa del Marco Civil de Internet comprende, entre otros, analizar la conversación sobre neutralidad de la red en la región. El debate en Sudamérica no es cercanamente tan apasionado como lo son las actuales disputas sobre la política regulatoria en Europa o los Estados Unidos. Sin embargo, a pesar de la relativa apatía que rodea los debates sobre la gobernanza de Internet en América del Sur, tiene lugar interesantes controversias que fueron importadas desde los debates políticos de Estados Unidos. El análisis de estos debates sobre neutralidad de la red está también contenido predominantemente en escritos de académicos europeos o estadounidenses. Se ha sugerido también, que la mayor parte de estas discusiones que tienen lugar en la esfera pública consisten en trabajo de abogacía de parte de los diferentes *stakeholders*, independiente del hecho que adhieran o no al principio de neutralidad de la red. Interesantemente, gran parte de los debates son acuñados por patrones de suposiciones muy específicos, a saber, que la penetración progresiva en la sociedad de las tecnologías de la información, especialmente de Internet, gatillará mayor participación, mas inclusión y fomentará la democracia. La generalizada sensación positiva respecto de la llamada primavera árabe reforzó esta suposición. Ahora hemos caído en cuenta que este tecno-optimismo³⁹ no era mas que eso, una suposición, o una actitud en el mejor de los casos.

38 Hurwitz, Justin G. (2007) Whois WSIS; Whois IGF: The New Consensus- Based Internet Governance. Disponible en <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=954209>>.

39 Brownsword, R. (2004). What the World Needs Now: Techno-Regulation, Human Rights and Human Dignity. Human Rights. Global Governance and the ques for justice. R. Brownsword. Oxford, Hart. 4: 203-234. Refiriéndose a Ridley, M. “We’ve never Had it so Good—and it’s all Thanks to Science” Guardian Life, 3 April 2003, p. 8.

Douglas Kellner introdujo la noción de informacionismo, la que describe la torsión ideológica de dicha idea. Según Kellner, una teoría basada en el determinismo informacional “exagera el rol que cumple el conocimiento y la información. Tales conceptos promueven una visión idealista que privilegia excesivamente el papel jugado por el conocimiento y la información en la economía, en la política y sociedad, y en la vida cotidiana”.⁴⁰

Cuando se aplica al debate de la regulación de internet, el informacionismo puede ser usado a voluntad para defender cualquier contenido de política pública. Brian Dolber retrata las características paradójicas del debate sobre la neutralidad de la red en los Estados Unidos. En ese país, dos industrias aseveran promover el fortalecimiento de la democracia, pero invocando argumentos que se contradicen mutuamente. Las compañías de telecomunicaciones enarbolaron la tesis que el acceso a las redes era esencial para una plena participación política. Según el argumento, esto era especialmente aplicable a las capas socioeconómicas más bajas y de menor educación. En la tienda contraria, se encontraba la “tesis de la producción cultural, que sostiene que la nuevas tecnologías de medios abren posibilidades de los contenidos generados por los usuarios, interrumpiendo el flujo informativo de arriba hacia abajo que caracterizó la era de la tele y radiodifusión.”⁴¹

Para los abogados de ambas posiciones, el principio de la neutralidad de la red juega un papel crítico. Las empresas que provee contenidos online – y no de mero acceso a la red – tienen un interés en multiplicar la producción de contenidos digitales. Mientras más libertad tengan los usuarios para producir, subir, compartir y consumir contenidos online, más crecerá el mercado para los proveedores de contenidos. Motores de búsqueda, medios sociales y agencias de noticias, todos usualmente cultivan un discurso público que asocia sus modelos de negocio con el mantenimiento y provisión de libertad de expresión. Parafraseando el argumento: en una Internet libre, tanto la economía digital como la libertad de expresión florecerán en conjunto. De acuerdo con este discurso, la neutralidad de la red puede salvaguardar la necesaria libertad de expresión dado que trataría a cada usuario de forma igualitaria por el hecho que los paquetes de datos enviados a través de la red serían transportados de forma igualitaria, sin consideración a si acaso corresponden a archivos de video, imágenes, sonidos, o meros textos de correo electrónico. Ningún dato que cruce la red puede, así, reclamar prioridad para pasar. Como consecuencia, ningún usuario gozará prioridad sobre otros. Así, la mantención de este principio hace

40 “Hence, in order to avoid the technological determinism and idealism of many forms of postindustrial theory, one should theorize the information or knowledge “revolution” as part and parcel of a new form of technocapitalism [...] rather than merely obsessing about “new technologies” or “globalization,” without seeing the articulations of these phenomena.” Kellner, D. (2003). *Media Spectacle*. London, Routledge.

41 Dolber, B. (2013). *Informationism as Ideology: Technical Myths in the Network Neutrality Debate. Regulating the Web. Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*. Z. Stiegler. Plymouth, Lexington Books.

innecesaria cualquier inspección de datos en el nivel de la red. La consecuencia es que los usuarios no le temen a la censura. Los proveedores de contenidos se promueven a sí mismos como “[proveedores] de un servicio público a los entendidos en tecnología”.⁴²

Desde el otro lado se escucha precisamente lo opuesto de los proveedores de telecomunicación, aunque de igual connotación democrática. Estas compañías proveen la infraestructura necesaria para que el usuario pueda acceder a la red. Ellas transportan los datos sin considerar si acaso se trata de un usuario intensivo, es decir, un *power-user* que origina una sobrecarga de tráfico, o un navegador ocasional. El principio de neutralidad de la red impide la generación de modelos de negocio basados en el tratamiento diferenciado de sus clientes dado que las compañías no pueden diferenciar el tráfico de datos. Por consiguiente, la compañías de telecomunicaciones no pueden cobrar precios diferenciados en base a los patrones de consumo. Aquí, el discurso afirma que esto sería una falla del mercado que impediría la expansión del alcance de sus servicios. Por lo tanto, si se dejara al mercado operar eficientemente – mediante el desarrollo de servicios a la medida del cliente – estas compañías podrían alcanzar nuevos usuarios que actualmente están impedidos de disfrutar acceso a Internet. Es notorio que no son precisamente los grupos más prósperos a los que les falta el acceso a Internet, sino las comunidades más desposeídas. En términos similares a la tesis de la producción cultural, al “tesis del acceso” reclama que la neutralidad de la red impide la inclusión de la población más segregada. Aumenta la brecha digital pues les mantiene alejados de toda posibilidad de captar cualquier beneficio de la comunicación online.⁴³

La existencia de una conversación pública depende de la existencia de una esfera pública, sea digital, impresa o de radiodifusión.⁴⁴ A su vez, *cómo* el público entienda los problemas en discusión está fuertemente determinado por cómo los medios plasman el debate.; “los hechos permanecen neutrales hasta que son acuñados”.⁴⁵ Una cobertura de prensa libre y pluralista puede apoyar un debate público informado. Stiegler y Sprumont hicieron un mapa de los

42 Ibid.

43 Se sostiene que esto sería especialmente el caso para las minorías raciales en los Estados Unidos, que por lo demás ya están sub-representadas en la vida cultural, económica y política del país. De acuerdo con este discurso, el acceso puede combatir el déficit democrático al mejorar los niveles de participación e inclusión. Dolber muestra como las compañías estadounidenses de telecomunicaciones apuntaron su acción específicamente hacia líderes sociales afro-americanos, con el objeto de lograr apoyo para legislación que explícitamente no era neutral respecto de la red. Para reforzar la noción de acceso como equivalente a participación, el discurso describió la neutralidad de la red como un tema “blanco” que predominantemente beneficiaba a la población blanca de mayor nivel educaciones; Véase Dolber (2013), citado precedentemente.

44 Una esfera pública es crucial para darle voz a la gente. En la era digital, Internet puede proveer el espacio necesario para que el individuo pueda participar en procesos políticos que tengan un alcance global. Véase Pernice, Ingolf “Global Constitutionalism and the Internet. Taking People Seriously”, p. 21, (próximamente).

45 Del inglés „framed“, Kuypers, J. A. (2002). Press Bias and Politics: How the Media Frame Controversial Issues. Westport, Praeger.

debates sobre neutralidad de la red sostenidos en los medios de Estados Unidos. En su trabajo, se percataron de varios intentos de algunos medios para acuñar o enmarcar como un problema estrecho, del tipo monotemático. Se trata de una maniobra comunicacional conocida como *extensión de agenda*, y que “ocurre cuando los medios van más allá de un estricto reporte de eventos” y “acuñan y publican de manera de que sea interpretado de una manera específica”.⁴⁶ A pesar del marcado cuño ideológico encontrado en algunos medios, Stiegler y Sprumont quedaron positivamente impresionados por la considerable cantidad de reportes neutrales y objetivos encontrados en la prensa, que balanceaban el debate.⁴⁷ Pero junto con una cobertura balanceada de los medios, no debiese de olvidársele a nadie que son las instituciones democráticamente electas las que son finalmente responsables de sostener la democracia y no las elites corporativas. Por cierto, existen muchas formas innovativas de regulación, donde los actores privados pueden participar, incluyendo modos de autorregulación o, ¿por qué no? también corrección. Sin embargo, permitirle a la ideología del informacionismo constreñir el debate jurídico no sólo será de poca ayuda, sino que puede minar una deliberación política informada.⁴⁸

En términos de la dimensión externa del Marco Civil, el establecimiento de la neutralidad de la red puede tener inmensos efectos sobre los vecinos de Brasil. Si acaso esto es positivo o negativo es una cuestión normativa que va más allá del objetivo de este artículo. Sin embargo, interesa aquí el marco analítico del derecho comparativo en orden a delinear el impacto esperado que puede traer consigo la difusión del Marco Civil de Internet. Si la neutralidad de la red fuese exportada a otro sistema sudamericano mediante la simple copia del texto, probablemente captaría la atención de los juristas que utilizan el enfoque del Derecho en los Libros. Por el contrario, el enfoque Derecho en Contexto enfatiza las ideas, las convicciones y las conversaciones que rodean la ley. Esto es lo que impacta el núcleo de la gobernanza de Internet; controlar la conversación sobre Internet gobernanza conlleva controla la gobernanza misma de Internet. Así, observar cómo la conversación misma sobre neutralidad de la red se extiende a otros sistemas cobra aún más relevancia para entender el impacto del Marco Civil dentro de la región. Aún más, una información veraz y pluralista puede empoderar al ciudadano para unirse a diálogos constitutivos y participar en procesos políticos que actualmente están teniendo lugar en el nivel global.⁴⁹ El enfoque contextualista esperaba que esas conversaciones se cristalizaran

46 Definición de Jim Kuypers, in Kuypers, J. A. (1997). *Presidential crisis rhetoric and the press in the post-cold war world*. Westport, Praeger.

47 “The value of the neutral stories in our sample is that they tend to provide audiences with the most information about net neutrality, presenting various aspects of the debate for audience members to evaluate”.

48 Mas aún, si se acepta la “tesis del acceso”, sería contradictoria con el artículo 7 del Marco Civil, que establece que el acceso a Internet es esencial para el ejercicio de la ciudadanía.

49 Pernice, Ingolf (próximamente) *Global Constitutionalism and the Internet. Taking People Seriously*. On file with the Author. Para Pernice, tomar a la gente en serio implica varios elementos constitutivos, entre ellos,

eventualmente en leyes positivas correspondientes con la idiosincrasia de cada uno de los sistemas legales. Esto ocurriría, a menos que se produjera una mera repetición de argumentos ideológicos basados en el informacionismo. Esto correspondería a una guerra de slogans contra slogans.

Adicionalmente, mientras las ideas que subyacen al Marco Civil comienzan a difundirse a lo largo y ancho de la región, Derecho en Contexto comenzará a prestar atención a eventuales colisiones con los contextos moldeados por culturas legales diferentes. Un ejemplo de este escenario es la eventual y probable colisión de leyes con el sistema chileno, donde el debate de la neutralidad de la red comenzó como un asunto propio del derecho del consumidor en el año 2007. Durante ese año, inspirado en la propuesta esbozada previamente por la Comisión Federal de las Comunicaciones de Estados Unidos (FCC), el parlamento chileno comenzó a discutir los mismos asuntos, estos es, transparencia de los servicios prestados a los consumidores de Internet, no-discriminación, y acceso a contenidos. La propuesta legislativa fue acuñada inicialmente como una medida de protección a los consumidores. Durante el debate, la propuesta fue complementada con provisiones como “derecho al acceso a la información” o “libertad de expresión”; todos conceptos más cercanos al debate brasileño sobre el Marco Civil de Internet que el derecho chileno de protección al consumidor. Como quiera que sea, el proyecto legislativo mutó de una ley de protección al consumidor a una “ley marco” que regulaba las telecomunicaciones en general, y que fue aprobado por el Congreso de Chile en 2010. Hoy, la práctica regulatoria del gobierno sugiere que en Chile la neutralidad de la red es más bien un asunto jurídico anti-monopolios, y no un tópico promotor de la democracia.⁵⁰

Claramente la difusión del derecho de Internet a través de Sudamérica es un tema sub investigado. Pero se deja prever ya, que la difusión de la norma brasileña de neutralidad de la red se encontrará con algunos contextos que han sido moldeados por convicciones y narrativas muy diferentes. El Marco Civil, en su dimensión externa, deberá hacerse cargo de estos contextos cultural y jurídicamente diferentes.

TEXTOS DE LEYES COLISIÓN: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO DEL COMERCIO

La sección III, art. 18 y 19, es propiamente una norma sobre responsabilidad extracontractual. Exime a los proveedores de acceso a Internet de responsabilidad en caso de violación de algún derecho de propiedad perpetrada

conocimiento, educación e información. Todos ellos capacitan a la gente para participar en foros políticos relevantes. Véase p. 19, 20.

50 Hasta hoy, es mayormente la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que continuado regulando la neutralidad de la red, interviniendo en el mercado digital con el objeto de evitar conductas monopolísticas. Véase http://www.subtel.gob.cl/transparencia/Perfiles/Transparencia20285/Normativas/Oficios/14oc_0040.pdf.

por los usuarios,⁵¹ declara a los proveedores de contenidos responsables sólo si éstos han desacatado una orden judicial previa.⁵² Esta última norma le entrega a la judicatura el poder de autorizar el bloqueo y el retiro de contenido online. Aparentemente, la ímpetu de esta disposición se debe al impacto que la ley sobre crímenes electrónicos (Ley Azeredo) causó en los promotores del Marco Civil. El artículo 22 de dicha ley penal establecía el deber de los proveedores de servicios de Internet de alertar a las autoridades cuando hayan tomado noticias de un supuesto delito. Así, la norma habría creado “una obligación de vigilancia por parte de entidades privadas, desatendiendo los principios constitucionales, inclusive los que rigen el derecho penal, como la presunción de inocencia, la privacidad y el debido proceso legal”.⁵³

En relación con la dimensión externa del Marco Civil, el esquema está en abierta contradicción con la regulación dominante en Sudamérica; al menos con el derecho del comercio internacional, en la forma propugnada por la estrategia comercial estadounidense. Esta estrategia ha cristalizado el marco denominado “notificación y bajada” (*notice and takedown*), un esquema regulatorio introducido por el Digital Millennium Act, por el que los proveedores no responden por el contenido que los usuarios finales le dan a los servicios de Internet. Esta exención de responsabilidad, sin embargo, está condicionada a la respuesta inmediata que debe darse a eventuales violaciones a derechos de propiedad intelectual, la que debe ser tan pronto como el proveedor sea notificado.⁵⁴ En otras palabras, cualquier contenido que tenga ya la *apariencia* de contravenir el derecho de propiedad intelectual, deben ser removidas por los proveedores sin procedimiento judicial alguno.

Comenzando en 2004, el gobierno de los Estados Unidos comenzó a cambiar su aproximación general a las negociaciones para acuerdos de libre comercio con futuros países socios y requirió la inclusión de un set de normas relacionadas con Internet. El paquete de reglas para Internet fue introducida en los tratados de libre comercio que los Estados Unidos firmó con Chile,⁵⁵

51 Marco Civil da Internet: “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.” Disponible en <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>.

52 Marco Civil da Internet: “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

53 Fundação Getulio Vargas (2008) Comentários Sugestões sobre o Projeto de Lei de Crimes Eletrônicos. August 2008, p. 5 (Traducción propia).

54 Kurbalija, Jovan (2010) An Introduction to Internet Governance. Diplofoundation, Geneva.

55 En vigor desde 01.01.2004. Text available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta>.

República Dominicana y CAFTA,⁵⁶ Marruecos,⁵⁷ Colombia,⁵⁸ Australia,⁵⁹ Bahrein,⁶⁰ Perú,⁶¹ Corea,⁶² Panamá,⁶³ y Omán.⁶⁴ Todos estos tratados contienen las mismas cláusulas que obligan a las partes a adoptar el esquema “notificación y bajada”.⁶⁵ Desde ese momento, se torna una obligación emanada del derecho internacional público, que los estados interesados introduzcan en sus legislaciones domésticas todo cambio necesario para conformarlos con los tratados.

Esta particular colisión sugiere la idea de que estamos enfrente de una competencia entre sistemas. La idea detrás de ello, es que el flujo transnacional de capital promoverá la unificación de las regulaciones nacionales y regionales.⁶⁶ Sin embargo, existe aún muy poca investigación académica sobre estas fricciones y tensiones producidas por eventuales fuerzas unificadoras propulsadas por el capital o por Internet. La historia de los conflictos de leyes alrededor de la remoción y bajada de contenidos digitales protegidos jurídicamente está recién comenzando.

CONCLUSIÓN

Cuando se trata de la eficacia de leyes y políticas de Internet, los elementos contextuales son cruciales, especialmente cuando las leyes e proyecto regional o globalmente. Roger Brownsword lo verbalizó de la siguiente forma:

“Cuando regulaciones locales se regionalizan, estos problemas no ceden; y en tanto la regulación asuma aspiraciones globales las limitaciones

56 En vigor desde 05.08.2004, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta>.

57 En vigor desde 15.06.2004, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/morocco-fta>.

58 En vigor desde 22.11.2006 available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-fta/final-text>.

59 En vigor desde 01.01.2005, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta>.

60 En vigor desde 11.01.2006, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/bahrain-fta>.

61 En vigor desde 12.04.2006, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa>.

62 En vigor desde 30.06.2007, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta>.

63 En vigor desde 28.06.2007, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/panama-tpa>.

64 En vigor desde 01.01.2009, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/oman-fta>.

65 Lo mismo se aplica a la inclusión de la ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy como condición para negociar estos acuerdos.

66 Sinn, Hans-Werner (2003) *The New Systems Competition*, London; Wilson, John (1999) *Theories of Tax Competition*. *National Tax Journal* 52: 2, 269-304, for an overview.

son exacerbadas y, si acaso, se multiplican. Podemos decir, entonces, que el derecho global es limitación regulatoria local escritas en grande⁶⁷

El Marco Civil da la impresión de estar codificado genéticamente para la exportación. Esto se debe a las vinculaciones transnacionales y globales que están relacionadas con la naturaleza ubicua de Internet, como también la difusión de discursos, ideas y conversaciones. Por eso, muchos legisladores y tomadores de decisión sienten la urgencia por exportar o importar determinados tipos de legislación de Internet. Sin embargo, como he sugerido en este artículo, importar una conversación pluralista es preferible a importar el mero texto de una ley, tanto para la deliberación democrática, como también para la eficacia de la ley. Y por supuesto también deberá dotarse al procedimiento para esta deliberación de una adecuada racionalidad.⁶⁸ Este argumento debiese ser tomado en serio en tiempos de prevalencia de la *praesumptio similitudinis* esto es, la suposición que similares problemas deben necesariamente tener soluciones similares.

Finalmente, la dimensión externa o transnacional del Marco Civil requiere que la gente le preste atención a las tensiones, contradicciones, y colisiones que este cuerpo legal tenga que enfrentar cuando cruce las fronteras. Para el contextualismo, estas tensiones son normales a incluso saludables; así, no debemos desatenderlas por desarticular un sistema. Lo que se requiere es que las colisiones, conflictos de leyes y tensiones sean tratadas y solucionadas dentro de las reglas de deliberación democrática, ya sea a través de la armonización legal o a través de reglas de conflicto, y por abogados, políticos, y usuarios que tengan un sentido favorable por el Derecho en Contexto.

67 Brownsword, R. (2004). What the World Needs Now: Techno-Regulation, Human Rights and Human Dignity. Human Rights. Global Governance and the quest for justice, in Brownsword, R. (ed.) Oxford, Hart. 203-234.

68 J Rawls "The Idea of Public Reason Revisited" (1997) 64 *The University of Chicago Law Review* 765.

Peculato de Uso: Um Paralelo entre o Código Penal Brasileiro e a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)

Peculation of Use: A Parallel Between the Brazilian Criminal Code and Law nº 8.429/1992 (Law Administrative Misconduct)

DIONE MICHELI DE FREITAS PEDROSO IMMICH

Acadêmica do Curso de Direito, Licenciada em Matemática pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI-Santiago e Empresária no ramo de Tecnologia da Informação.

THAIS SILVA RIGHI

Acadêmica do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI-Santiago.

VLADIMIR HAAG MEDEIROS

Professor das Disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI-Santiago, Especialista em Direito Público e Doutorando em Direito Penal, além de Delegado de Polícia Civil no RS.

Submissão: 07.07.2014

Decisão Editorial: 31.10.2014

Comunicação ao autor: 31.10.2014

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo realizar um estudo sobre o crime de peculato, crime este que se encontra nos arts. 312 e 313 do Código Penal brasileiro, no qual se falará mais especificamente sobre o primeiro. Para tanto, buscou-se preliminarmente falar sobre alguns princípios da Administração Pública, como o princípio da legalidade e da moralidade, considerados os princípios fundamentais que regulam os atos dos funcionários públicos, de modo que os mesmos encontram-se previstos também na Constituição Federal de 1988. Posteriormente se fez um estudo sobre todas as características presentes no tipo penal do referido crime, no qual cada uma de suas classificações foram exemplificadas por meio de jurisprudências extraídas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proporcionando, assim, um melhor entendimento para o leitor. Na sequência, foi dada ênfase no delito de Peculato de Uso, não tipificado pelo Código Penal, mas pelo ordenamento que rege os Atos de Improbidade Administrativa, a Lei nº 8.429, de 1992, fazendo, assim, um paralelo desta com o Código Penal. Por fim, abordou-se sobre a Inaplicabilidade do Princípio da Insignificância ou da Bagatela quanto aos crimes praticados contra a Administração Pública, para que, ao final, se pudesse realizar uma conclusão crítica sobre esse último.

PALAVRAS-CHAVE: Peculato de uso; Administração Pública; Direito Penal.

ABSTRACT: This paper aims to conduct a study on the crime of Peculation. Offence this seen in articles 312 and 313 of the Penal Code, where he will speak more specifically about the first. To this end, we sought to preliminarily discuss some principles of public administration, such as the principle of legality and morality, considered the main principles governing the actions of public officials, so that they also are provided in the Federal Constitution 1988. Later we did a study on all the features present in the said offence criminal type, where each of their ratings were exemplified through case law contained in the Court of Rio Grande do Sul, thus providing a better understanding for the reader. Following the emphasis was on the crime of Peculation of Use, not criminalized by the Penal Code, but the system governing Acts Administrative Misconduct, Law nº 8429 of 1992 thus making this a parallel with the penal code. Finally, if approached on the Non-applicability of the Principle of Insignificance or trifle about the offences committed against the Administrative Misconduct, to the end to achieve a critical conclusion on the latter.

KEYWORDS: Embezzlement of use; Public Administration; Criminal Law.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Peculato; 1.1 Peculato-apropriação e peculato-desvio; 1.2 Peculato-furto; 1.3 Peculato culposo; 2 Peculato de uso; 3 Como é tratado o peculato de uso na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); 4 A inaplicabilidade do princípio da insignificância para crimes praticados contra a Administração Pública; Considerações finais; Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estado, além de tutelar os interesses da coletividade para promover a paz social, também regula a sua própria organização, bem como a de seus funcionários que prestam serviço em prol do interesse coletivo, tendo como principal objetivo preservar o patrimônio público.

Para tanto, a Administração Pública, direta e indireta, como se refere o art. 37 da Constituição Federal de 1988, traz, em sua redação, cinco princípios fundamentais, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, formando, assim, a sigla *LIMPE*.

O Princípio da Legalidade, de forma geral, significa que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Conceito este previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso II. Dessa forma, um indivíduo que não é funcionário público ou que não se encontra no ato de suas atribuições, ou o particular, pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

No entanto, na Administração Pública não existe essa liberalidade, devendo o funcionário público somente praticar atos que estão previstos em lei que lhe autorize a praticá-los.

Inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular. O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a *vontade da lei*. De acordo com