



RRDDIS

Revista **Rede**
de Direito Digital,
Intelectual & Sociedade

v.1

n.1

2021

ISSN 2763-7204

e-ISSN 2763-7220



Revista **Rede**
de Direito Digital,
Intelectual & Sociedade

Periodicidade semestral | janeiro/junho 2021

A RRDDIS foi criada com o propósito de divulgação da produção científica no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e o conhecimento científico desenvolvido pela comunidade brasileira e internacional, formando uma rede de pesquisadores e especialistas.



IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL

R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1308 - andar 13 - Cond. Lustoza

CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR

Telefone: 55 (41) 99975-7250

E-mail: contato@ioda.org.br

<https://ioda.org.br/>

Capa e Ilustrações:

Marcelle Cortiano

Projeto gráfico e diagramação:

Sônia Maria Borba

Revisão:

Luciana Reusing, Pedro de Perdigão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdigão Lana, Heloísa G. Medeiros, Marcelle Cortiano e Lukas Ruthes Gonçalves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

R454 RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade -

Curitiba: Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA, 2021-

v.1, n.1, 2021 (jan./jun. 2021)

Semestral

ISSN: 2763-7204 (versão impressa)

e-ISSN 2763-7220 (versão eletrônica)

1. Propriedade intelectual – Periódicos. 2. Direito autoral – Periódicos. 3. Sociedade da informação - Periódicos.

CDD 346.048 (22.ed)

CDU 347.77

A RRDDIS permite a distribuição e reprodução gratuita total ou parcial adotando a Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY 4.0 BR, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação.

Creative Commons 4.0

(CC BY 4.0)



EDITOR

Marcos Wachowicz – UFPR

EDITORES EXECUTIVOS

Sérgio Said Staut Jr. – UFPR

José Augusto Fontoura Costa – USP

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Libório Dias Pereira – Universidade de Coimbra/Portugal

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRJ

Angela Kretschmann – PUC-RS/UFPR

Antônio Carlos Morato – USP

Beatriz Bugallo – Universidad de La República/Uruguai

Carla Eugenia Caldas Barros – UFS

Carlos Affonso P. de Souza – ITS/Rio

Carlos Alberto Ferreyros Soto – Université de Montpellier/França

Carlos Maria Correa – University of Buenos Aires/Argentina

Claudia Sandei – Università Degli Studi di Padova/Itália

Dário Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal

Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor

Gonzalo Nazar de la Vega – Instituto Max Planck/Argentina

Guillermo Palao Moreno – Univ. Valência/Espanha

Heloísa Gomes Medeiros – UFMA/UEMA

Javier Freire Núñez – Universidad Central del Ecuador/Equador

João Paulo F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.

José Augusto Fontoura Costa – USP

José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal

Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha

Letícia Canut – Centro Universitário Estácio

Liz Beatriz Sass – UFSC

Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF

Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra

Manuel David Masseno – Instituto Politécnico de Beja/Portugal

Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR

Marcos Wachowicz – UFPR

Maria Sol Terlizzi – Universidad de Buenos Aires/Argentina
Pedro Henrique Batista – Instituto Max Planck/Alemanha
Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
Reto Hilty - Max Planck/Alemanha
Rodrigo Moraes – UFBA
Rodrigo Otávio Cruz e Silva – UNOESC
Rodrigo Vieira Costa – UFERSA
Ryan Abbott – University of Surrey/Reino Unido
Sean Flynn - Universidade de Washington/EUA
Sergio Branco - ITS/Rio
Sérgio Said Staut Jr. – UFPR
Silmara Chinelato – USP
Thomas Hoeren - ITM/Alemanha
Valentina Delich – Flacso/Argentina

Conselho de Redação

Alexandre Ricardo Pessler
Bibiana Biscaia Virtuoso
Guilherme Coutinho Silva
Lukas Ruthes Gonçalves
Marcelle Cortiano
Oscar Carlos Cidri Neto
Pedro de Perdigão Lana
Rangel Oliveira Trindade

Pareceristas

Alexandre Ricardo Pessler
Guilherme Coutinho Silva
Heloísa Gomes Medeiros – UFMA/UEMA
José Augusto Fontoura Costa – USP
Letícia Canut – Centro Universitário Estácio
Rangel Oliveira Trindade
Sérgio Said Staut Jr. – UFPR

LINHA EDITORIAL (POLÍTICA EDITORIAL)

A **RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**, publica artigos de divulgação científica, estudos de caso e revisões bibliográficas referentes à área do Direito da Propriedade Intelectual, Direito Digital e Sociedade Informacional, assim como, eventualmente, resumos de pesquisas científicas premiadas, pareceres e arrazoados jurídicos de destaque no cenário jurídico, tradução de textos de domínio público e, ainda, resenhas de obras.

A publicação da **RRDDIS** tem periodicidade semestral, de acesso livre e irrestrito, direcionada aos pesquisadores, profissionais, acadêmicos, egressos e docentes da área do Direito, tendo o objetivo primordial fomentar a produção científica em Rede de especialistas, de grupos de pesquisadores e de docentes, com o intuito de provocar a atividade de pesquisa no corpo discente de pós-graduação, bem como socializar o conhecimento e retroalimentar as atividades de ensino, extensão e prática-profissional, mantendo o forte vínculo entre ensino-pesquisa-extensão-prática profissional.

A **RRDDIS** está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares, artigos e estudos nas diversas áreas, **dentro das seguintes linhas de pesquisa:**

- (i) Propriedade Intelectual, Inovação e Conhecimento;
- (ii) Direito Autoral, Direitos Fundamentais e Diversidade Cultural;
- (iii) Economia Criativa: Propriedade Intelectual e Desenvolvimento;
- (iv) Regime Internacional de Propriedade Intelectual: Tratados e Organizações Internacionais;
- (v) Sociedade da Informação: Democracia e Inclusão Tecnológica;
- (vi) Direitos das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's), e;
- (vii) Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial.

A **RRDDIS** foi criada com o propósito de divulgação científica no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e conhecimento científico desenvolvido pela comunidade brasileira e internacional.

Os artigos publicados são originais e inéditos de lavra de seus autores, os quais podem não necessariamente expressar as opiniões da **RRDDIS** e/ou de seus responsáveis, sendo reservado ao Conselho Editorial o direito de arbitrar como refere e/ou de solicitar parecer de pesquisadores externos para esse julgamento. A revista adota a avaliação duplo-cega (*double-blind peer review*), é coordenada por um membro do Corpo Editorial Científico da área de submissão do artigo, e consiste na interação entre os autores e dois pareceristas especialistas que, ao avaliar os trabalhos, fazem comentários e oferecem sugestões de melhoria.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	11
-----------------------	-----------

Marcos Wachowicz

PARTE I

DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

THE REASONABLE ROBOT – INTRODUÇÃO: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A LEI	17
---	-----------

The reasonable robot – introduction: artificial intelligence and the law

Ryan Abbott

A UNIÃO EUROPEIA DÁ SEUS PRIMEIROS PASSOS NA REGULAMENTAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	45
--	-----------

The european union takes its first steps in regulating the relationship between artificial intelligence and intellectual property

Guillermo Palao Moreno

«INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET DROIT D’AUTEUR AU PORTUGAL»	69
--	-----------

Artificial intelligence and copyright in portugal

Alexandre L. Dias Pereira

NAS FRONTEIRAS DA PI: OS DIREITOS PATRIMONIAIS SOBRE DADOS, UMA PERSPECTIVA EUROPEIA	101
---	------------

At the Frontiers of IP: the property rights over data, a European perspective

Manuel David Masseno

BLOCKCHAIN, BIG DATA E DIRITTO D’AUTORE	115
--	------------

Blockchain, Big Data and Copyright

Claudia Sandei

PARTE II

AS NOVAS FRONTEIRAS DOS DIREITOS INTELECTUAIS

A IMPLEMENTAÇÃO DO ART. 17 DA DIRETIVA DSM NA ALEMANHA – VISÃO GERAL E QUESTÕES CONTROVERSAS NA REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS	149
---	------------

The Implementation of DSM Directive’s Article 17 in Germany - Overview and Controversial Issues in the Regulation of Digital Platforms

Pedro Henrique D. Batista

PRECIOS EXCESIVOS Y MEDIOS PROBATORIOS, CON ESPECIAL ATENCIÓN EN EL MERCADO DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR	209
--	------------

Excessive prices and means of proof, with special attention to the market of copyright collecting societies

Gonzalo Nazar de la Vega

LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA Y FALSIFICACIÓN: UNA ESTRATEGIA DE ALCANCES LIMITADOS.....225

The fight against piracy and counterfeiting: a strategy with limited reaches

Javier Freire Núñez

PARTE III

INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E TECNOLOGIA

NFT 2.0: BLOCKCHAINS, MERCADO FONOGRAFICO E DISTRIBUIÇÃO DIRETA DE DIREITOS AUTORAIS255

Nft 2.0: Blockchains, phonographic market and direct distribution of copyrights

Alexandre Pesserl

OBRAS LITERÁRIAS ESGOTADAS E CONSUMO CULTURAL DIGITAL: O PROBLEMA DA FALHA DE MERCADO DO LIVRO295

Out-of-print literary works and digital cultural consumption: the problem of book market failure

Rodrigo Otávio Cruz e Silva

PARTE IV

ESTUDOS DE CASO, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

COMENTÁRIOS SOBRE A DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5529 NO CONTEXTO DA PANDEMIA: a atuação do Supremo Tribunal Federal à luz do argumento das capacidades institucionais.....341

Comments on the preliminary decision issued in the direct action of unconstitutionality nº 5529 in the context of the pandemic: the action of the federal Supreme Court in light of the institutional capabilities argument

Heloísa Gomes Medeiros

QUESTÕES SENSÍVEIS AO DIREITO AUTORA: ANTIGOS FUNDAMENTOS E NOVOS CONCEITOS361

Sensitive issues to copyright law: old foundations and new concepts

Ângela Kretschmann

PARTE V

RESENHAS E OUTROS ESTUDOS

RESENHA CRÍTICA.....375

Marcos Wachowicz

DERECHO DE NUEVAS TECNOLOGIAS E IDENTIDAD DIGITAL381

New technologies law and digital identity

Carlos A. Ferreyros Soto

REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES593

EDITORIAL

Nestas últimas décadas, no Brasil se estabeleceu um cenário de profícuos debates e pesquisas na área do Direito Digital e Intelectual na Sociedade Informacional, além de surgirem importantes redes nacionais e internacionais de pesquisadores, cujo diálogo e colaboração acadêmica, se inaugurou por meio da realização de seminários e eventos acadêmicos.

Nomeia-se então aqui, os congressos sobre Direito de Autor e Interesse Público (CODAIP), realizados pelo Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI) vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Paraná (UFPR) que se tornou referência para juristas e operadores do direito, e que agora contempla o nascimento da revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade (RRDDIS).

A RRDDIS, surge com um reforço para ampliar o debate sobre os direitos digitais e intelectuais, com qualidade acadêmica, qual também se estabelece, através do impulso dado pelo Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA, que é uma associação científica sem fins lucrativos, inserido na área do Direito da Propriedade Intelectual no Brasil, que conta com o apoio internacional da Rede Ibero Americana de Propriedade Intelectual – RIAPI.

O estudo dos Direitos Intelectuais na Sociedade Informacional é um dos temas mais relevantes e atuais na virada do milênio. Embora o

regime jurídico e a criação do sistema internacional de tutela da propriedade intelectual remontem às Convenções de Paris (1883) e de Berna (1886), ela se estabelece como disciplina acadêmica nos cursos jurídicos há pouco mais de vinte anos.

A área de estudos do Direito da Propriedade Intelectual no ambiente Digital estava carecedora de uma revista acadêmica, e agora com a RRDDIS se estabelece um novo tempo, cujas publicações serão referências para a área, pelo rigor acadêmico que possui e por contemplar os padrões de excelência nacional e internacional.

A Revista que agora se publica em formato digital, é a concretização de anos de muito trabalho e obstinação por publicações com qualidade acadêmica, e de vigor nessa área de estudos, que busca uma formação de massa crítica entre os diversos centros de pesquisas nacionais e estrangeiras, sendo um catalizador de pessoas e um indutor de novos debates, fluxo de ideias, reflexões e da formação de redes de compartilhamento no âmbito do Direito Digital e Intelectual.

A RRDDIS, nasce com vocação própria, em prol das redes de relações acadêmicas de excelência, as quais motivaram e propiciaram sua materialização, além de constituir-se num instrumento aberto de divulgação do pensamento jurídico voltado às questões emergentes da Sociedade Informacional.

Seu lançamento é pautado na responsabilidade de alavancar o desenvolvimento da área, de consolidar os esforços anteriores, de prezar pelo diálogo e pela qualidade, de acender e reforçar a necessidade de compreensão adequada da Sociedade Informacional, objetivando erigir novas teses jurídica, e se constituir em um espaço privilegiado de aglutinação e circulação da produção científica nacional e internacional, bem como, a divulgação de obras recentes e relevantes.

A RRDDIS foi estruturada para uma melhor sistematização em cinco partes que dialogam e interagem entre si, quais sejam: (i) Direito Autoral e Sociedade Informacional; (ii) As Novas Fronteiras dos Direitos Intelectuais; (iii) Inovação, Direito e Tecnologia; (iv) Estudos de Caso, Jurisprudência e Legislação, e; (v) Resenhas

e Outros Estudos. Neste primeiro número da Revista, desde logo se percebe sua inserção internacional, recepcionando textos publicados em diversos idiomas, ampliando vozes nacionais e estrangeiras, dos maiores centros de estudos e pesquisa da Europa e da América com uma qualidade e profundidade ímpares.

Na primeira parte sobre a temática do Direito Autoral e Sociedade Informacional a revista conta com os artigos de **Ryan Abbott** sob o título *The Reasonable Robot*, de **Guillermo Palao Moreno** analisando os primeiros passos na União Européia na regulamentação da Inteligência Artificial e Propriedade Intelectual, de **Alexandre Libório Dias Pereira** sobre *Intelligence Artificielle et Droit D'Auteur au Portugal*, de **Manuel David Masseno** analisando os Direitos Patrimoniais sobre Dados numa perspectiva europeia, e ainda, o artigo de **Claudia Sandei** sobre *BLOCKCHAIN, BIG DATA e Diritto D'Autore*.

Na segunda parte abordando o tema das Novas Fronteiras dos Direitos Intelectuais a revista aglutina os trabalhos de **Pedro Henrique Dias Batista** com uma análise da implementação do artigo 17 da Diretiva DSM na Alemanha, de **Gonzalo Nazar de la Vega** sobre *precios excesivos y médios probatórios, com especial atención en el mercado de las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor* e, também de **Javier Freire Núñez** em seu artigo sobre *lucha contra la piratería y falsificación*.

Na terceira parte sobre a temática da Inovação, Direito Digital e Tecnologia a revista recebeu a contribuição de **Alexandre Ricardo Pessler** com estudo extremamente atual sobre NFT 2.0 e Direitos Autorais e, também, de **Rodrigo Otávio Cruz e Silva** que em seu artigo aborda a questão das obras literárias esgotadas e o consumo cultural digital.

Na quarta parte dedicada aos Estudos de Caso, Jurisprudência e Legislação encontra-se os Comentários sobre a Decisão Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5529 no contexto da pandemia realizados por **Heloísa Gomes Medeiros**, como também, outro estudo de **Ângela Kretschmann** sobre as questões sensíveis ao Direito Autoral e novos conceitos.

Na quinta e última parte, encontra-se a resenha crítica de **Marcos Wachowicz** sobre o livro de Guillermo Palao Moreno intitulado *Arbitraje em Contratos Internacionales de Transferência de Tecnologia*, e ainda, um estudo de **Carlos A. Ferreyros Soto** sobre o *Derecho de Nuevas Tecnologias e Identidad Digital*.

Diante da riqueza de reflexões e concepções jurídicas acicatadas nesta edição, temos certeza que a leitura e consulta será de grande valia a todos os estudiosos do direito, como a toda comunidade que se interessa pelos temas emergentes na Sociedade Informacional, almejando que sirva de estímulo para difusão de ideias e elaboração de novos trabalhos.

Marcos Wachowicz

Editor



DIREITO AUTORAL E SOCIEDADE INFORMACIONAL

PARTE I

RRDDIS

THE REASONABLE ROBOT – INTRODUÇÃO: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A LEI¹

The reasonable robot – introduction: Artificial Intelligence and the law

Ryan Abbott²

RESUMO:

A inteligência artificial (IA) e as pessoas não competem em um campo de igualdade. Veículos que dirigem por conta própria podem ser mais seguros que motoristas humanos, mas as leis muitas vezes penalizam tal tecnologia. As pessoas podem fornecer um serviço superior ao cliente, mas as empresas estão se automatizando para reduzir seus impostos. A IA pode inovar mais efetivamente, mas uma estrutura legal antiquada restringe a IA inventiva. Em *The Reasonable Robot*, Ryan Abbott argumenta que a lei não deve discriminar entre a IA e o comportamento humano e propõe um novo princípio legal que, em última instância, melhorará o bem-estar humano. Este trabalho deve ser lido por qualquer pessoa interessada na relação em rápida evolução entre a IA e a lei.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Neutralidade Legal; Responsabilidade Civil; Propriedade Intelectual

ABSTRACT:

*Artificial intelligence (AI) and people do not compete on a level playing field. Self-driving vehicles may be safer than human drivers, but laws often penalize such technology. People can provide superior customer service, but companies are automating to reduce their taxes. AI can innovate more effectively, but an antiquated legal framework restricts inventive AI. In *The Reasonable Robot*, Ryan Abbott argues that the law should not discriminate between AI and human behavior and proposes a new legal principle that will ultimately improve human welfare. This work should be read by anyone interested in the rapidly evolving relationship between AI and the law.*

Keywords: Artificial Intelligence; Legal Neutrality; Tort Law; Intellectual Property

¹ Tradução da introdução do livro **The Reasonable Robot**: Artificial Intelligence and the Law, publicado pela Cambridge University Press em 2020, realizada por Lukas Ruthes Gonçalves, mestre e doutorando em direito pela UFPR. A versão original do livro, bem como suas referências, pode ser acessada através do link: <https://doi.org/10.1017/9781108631761>.

² Ryan Abbott, MD, JD, MTOM, PhD, é Professor de Direito e Ciências da Saúde na Faculdade de Direito da Universidade de Surrey, e Professor Assistente Adjunto de Medicina na UCLA. Médico e advogado de patentes, a pesquisa de Abbott sobre direito e tecnologia ajudou a moldar o diálogo internacional sobre estes tópicos. Ele serviu como especialista para a Organização Mundial da Saúde, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a Comissão Europeia e o Parlamento do Reino Unido. Abbott também liderou os primeiros pedidos de patente de invenções feitas de forma autônoma por uma IA. Em 2019, ele foi nomeado um dos 50 melhores profissionais em Propriedade Intelectual pela revista **Managing IP**. E-mail: rryanabbott@gmail.com.

A ascensão da poderosa IA será a melhor ou a pior coisa que já aconteceu com a humanidade. Ainda não sabemos qual.

- Stephen Hawking

SUMÁRIO

1. Neutralidade legal da IA. **2.** Área tributária. **3.** Responsabilidade civil. **4.** Propriedade intelectual. **5.** Área criminal. **6.** O futuro da IA. Referências.

A inteligência artificial (IA) está fazendo mais do que nunca, e muitas vezes o está fazendo mais barato, mais rápido e melhor do que as pessoas. Em 2017, a empresa DeepMind desenvolveu uma IA, AlphaGo Master, que venceu o campeão mundial do jogo de tabuleiro Go. Muitos especialistas haviam previsto que o domínio da IA Go levaria mais uma década, dada a complexidade do jogo. Há mais configurações de tabuleiro possíveis no Go do que há átomos no universo. Mais tarde, em 2017, uma versão revisada do AlphaGo, AlphaGo Zero, venceu cem jogos seguidos contra o AlphaGo Master, sem perder nenhum. Isto foi possível após treinamento de apenas três dias jogando contra si mesmo. Ao contrário de seus predecessores, AlphaGo Zero nunca aprendeu com os exemplos humanos.

Go foi o último jogo de tabuleiro tradicional no qual as pessoas podiam superar as máquinas. Agora existe todo um campo de atividade no qual a IA ultrapassa dramaticamente as pessoas. Embora a vitória da AlphaGo tenha sido um marco técnico emocionante, ela teve um impacto social limitado porque jogar jogos de tabuleiro não é o empreendimento mais prático. Porém, eles são uma das medidas mais antigas de se medir a inteligência de uma máquina, e a ascendência da IA sugere que ela pode em breve automatizar uma gama mais ampla de tarefas, talvez mais cedo do que muitos antecipam, e pode fazê-lo de forma espetacular.

A Alphabet, empresa dona do DeepMind, não está investindo em IA para dominar o campo para jogos de tabuleiro competitivos. Em princípio, se uma IA pode ser treinada para reconhecer padrões em Go, então ela pode ser treinada para reconhecer uma pneumonia em um raio-X ou pedestres em uma estrada. De fato, o DeepMind já está sendo aplicado para resolver desafios práticos. Em 2018, a IA AlphaFold do DeepMind superou todos os seus noventa e oito concorrentes em um desafio que visava prever a estrutura tridimensional das proteínas - uma tarefa crítica para a descoberta de medicamentos. Ao contrário de jogar Go, prever o dobramento das proteínas é um problema científico importante, comum e da vida real. Da mesma forma, novamente em 2018, os pesquisadores descobriram que outra IA do DeepMind encaminhou corretamente pacientes com mais de cinquenta doenças oculares distintas para atendimento especializado em 94% dos casos, correspondendo à performance de médicos especialistas. Em 2019, o IA do DeepMind foi capaz de prever consistentemente o desenvolvimento de insuficiência renal aguda quarenta e oito horas antes do que os médicos humanos, o que poderia fazer com que cerca de 30% dos casos jamais ocorressem.

O impacto social futuro desses avanços será tremendo. Já estão, inclusive, sendo criados títulos impressionantes para descrever a disrupção futura dessa era como a Quarta Revolução Industrial, a Segunda Idade da Máquina e a Revolução da Automação. Entre outras coisas, prevê-se que a IA irá gerar uma enorme quantidade de riqueza ao mudar o futuro do trabalho. Esta tem sido há muito tempo a experiência com a IA automatizando o trabalho físico, como na fabricação de automóveis, mas agora ela está passando a automatizar o trabalho mental, e não apenas atividades de serviço relativamente simples como operar uma caixa registradora no McDonald's. A IA está completando tarefas executadas por médicos, advogados e cientistas.

O carro-chefe da IBM, a IA Watson, conhecida por ter ganhado um jogo de *Jeopardy!* em 2011, trabalha em uma série de áreas de especialização. Na área da saúde, Watson (agora uma marca composta por uma variedade de sistemas de IA) analisa a genética dos pacientes com câncer para ajudar a selecionar medicamentos apropriados, uma tarefa que um

grupo de especialistas humanos também pode fazer, mas que continua sendo uma atividade complexa e exigente. Para alguns pacientes, pode exigir cerca de 160 horas de trabalho coletivo por uma equipe de prestadores de serviços de saúde altamente treinados. Em contraste, um estudo de 2017 relata que Watson pode superar a prática padrão e que requer apenas cerca de 10 minutos para fazê-lo¹, embora seu desempenho tenha se mostrado controverso².

Várias empresas afirmam que sua IA já pode superar os médicos humanos em certas áreas da prática médica. Isto não é surpreendente. As máquinas são capazes de memorizar cada pedaço da literatura médica já criada e processar a experiência da prática médica a partir de incontáveis experiências humanas. Além disso, elas nunca precisam de uma pausa para descansar. Em 2017, uma empresa chinesa relatou que seu robô Xiao Yi fez e passou, com folga, o Exame Nacional de Licenciamento Médico, o teste necessário para se tornar um médico na China. Xiao Yi conhece o conteúdo de dezenas de livros médicos, milhões de registros médicos e centenas de milhares de artigos, mas para passar no teste também teve que aprender, raciocinar e fazer julgamentos por si só. Pesquisadores da IBM relataram até que Watson passou tranquilamente pelo exame equivalente nos Estados Unidos depois de ter sido proibido de formalmente fazê-lo.

Naturalmente, apenas passar nos testes não faz de alguém, ou alguma coisa, um médico. Ainda que a IA seja consistentemente melhor que um médico no diagnóstico de certas doenças, no gerenciamento de prescrições ou na realização de cirurgias, é pouco provável que a ela automatize completamente o atendimento médico. Mas estes avanços já sugerem que existem aspectos da assistência médica suscetíveis à automatização, e que menos médicos serão necessários uma vez que haja médicos mais eficientes auxiliados pela IA.

1 NEUTRALIDADE LEGAL DA IA

A lei desempenha um papel crítico no uso e desenvolvimento da IA. As leis estabelecem regras e padrões de comportamento obrigatórios para

garantir o bem-estar social e proteger direitos individuais, e elas podem nos ajudar a perceber os benefícios da IA ao mesmo tempo em que minimizam seus riscos - que são significativos. A IA tem estado envolvida em quedas rápidas no mercado de ações, crimes cibernéticos e manipulação social e política. Tecnólogos famosos como Elon Musk e acadêmicos como Stephen Hawking até argumentaram que a IA pode condenar a raça humana. A maioria das preocupações, no entanto, se concentram em problemas mais práticos e de menor prazo, tais como desemprego, discriminação e segurança relacionados a tecnologia.

Embora os riscos e benefícios da IA sejam amplamente reconhecidos, há pouco consenso sobre a melhor forma de regular a IA e as jurisdições em todo o mundo estão definindo quais seriam as ações a serem tomadas. Já existe uma divisão internacional significativa em relação à extensão na qual a IA pode ser usada na vigilância estatal de seus residentes, se empresas ou consumidores seriam os “donos” dos dados pessoais vitais para o desenvolvimento da IA, e quando os indivíduos teriam direito a uma explicação para as decisões tomadas pela IA (desde aprovações de crédito até sentenças criminais).

É tentador esperar que a IA se encaixe perfeitamente nas regras existentes, mas as leis destinadas a regular o comportamento dos atores humanos muitas vezes têm consequências involuntárias e negativas quando as máquinas começam a agir como pessoas. Apesar disso, as leis centradas na IA têm passado por um desenvolvimento lento, devido em parte à preocupação de que um ambiente regulatório excessivamente oneroso possa deter a inovação. No entanto, a IA já está sujeita a regulamentações que podem ter sido criadas há décadas para lidar com questões como privacidade, segurança e concorrência desleal. O que é necessário não é necessariamente mais ou menos lei, mas a lei certa.

Em 1925, o juiz Benjamin Cardozo advertiu uma turma de graduação em Direito que “as novas gerações trazem consigo seus novos problemas que exigem novas regras, a serem padronizadas, de fato, após as regras do passado, e ao mesmo tempo adaptadas às necessidades e à justiça de outro dia e hora”³. Este é o caso da IA, mesmo que só se diferencie em grau de outras tecnologias disruptivas como computadores pessoais e

a Internet. Um regime jurídico otimizado para a IA é ainda mais importante se a IA se revelar diferente em espécie.

Não é provável que haja uma única mudança legal, como a concessão de personalidade jurídica à IA semelhante a uma empresa, que resolverá questões em todas as áreas da lei, e é por isso que é necessário fazer o difícil trabalho de pensar sobre as implicações da IA em diferentes ambientes. A este respeito, é promissor que tenha havido nos últimos anos esforços para articular padrões políticos ou os melhores princípios, tais como confiabilidade e sustentabilidade especificamente para a regulamentação da IA pelos governos, grupos de reflexão e indústria. Por exemplo, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) adotou seus Princípios sobre Inteligência Artificial em maio de 2019⁴, e um mês depois o G20 adotou princípios de IA centrados no ser humano, guiados pelos princípios delineados pela OECD⁵.

A tese central deste livro sustenta que precisa haver um novo princípio orientador para a regulamentação da IA, um princípio de *neutralidade legal da IA*, afirmando que a lei não deve discriminar entre o comportamento humano e o da IA. Atualmente, o sistema legal não é neutro. Uma IA que seja significativamente mais segura que uma pessoa pode ser a melhor escolha para dirigir um veículo, mas as leis existentes podem proibir veículos sem condutor. Uma pessoa pode ser a melhor escolha para a fabricação de bens, mas uma empresa pode automatizar porque economiza em impostos. A IA pode ser melhor para gerar certos tipos de inovação, mas as empresas podem não querer usar a IA se isso restringir a propriedade dos direitos de propriedade intelectual. Em todos esses casos, um tratamento jurídico neutro acabaria beneficiando o bem-estar humano, ajudando a lei a atingir melhor seus objetivos políticos subjacentes.

A IA pode se comportar como uma pessoa, mas não é como uma pessoa. As diferenças entre a IA e as pessoas ocasionalmente exigirão regras diferenciais. A diferença mais importante é que a IA, que carece de consciência e interesses humanos, não merece moralmente direitos, portanto, tratar a IA como se o fizesse só deveria ser justificado se isso be-

neficiasse as pessoas. Um exemplo disso seria se os próprios veículos autônomos precisassem ser titulares de apólices de seguro ou outras formas de garantia para cobrir potenciais danos a pedestres. Esta é essencialmente a razão pela qual se permite que empresas sejam partes em contratos e possuam propriedade própria. Seus direitos legais existem apenas para melhorar a eficiência das atividades humanas, como o comércio e o empreendedorismo e, como a IA, as empresas não merecem moralmente direitos. Elas são um membro de nossa comunidade jurídica, mas não de nossa comunidade moral.

Consequentemente, este livro não advoga que a IA tenha direitos ou que seja qualificada como uma pessoa jurídica. Nem que o princípio de neutralidade legal da IA seja um princípio moral de não-discriminação na forma como esse termo é tradicionalmente usado. As leis antidiscriminação têm ajudado a melhorar as condições para grupos historicamente marginalizados, principalmente por uma questão de justiça. Entretanto, as leis antidiscriminação também podem promover a concorrência e a eficiência.

Certamente, a neutralidade legal da IA não deve ser a força motriz por trás de cada decisão. Ela não deve vir em detrimento de outros princípios, como transparência e responsabilidade. Uma pessoa pode ser mais eficiente na mineração de minerais em condições perigosas, mas a automação pode ser preferível com base em considerações de segurança. Uma IA pode ser mais eficiente na identificação e eliminação de alvos militares, mas pode haver outras razões para não delegar decisões de vida ou morte a uma IA.

Ao invés de um princípio de política dispositiva, a neutralidade legal da IA um padrão apropriado que pode ser afastado quando há boas razões para isso. Este livro examina como tal princípio afetaria quatro áreas da lei - tributária, responsabilidade civil, propriedade intelectual e criminal - e argumenta que como a IA ocupa cada vez mais papéis uma vez reservados às pessoas, a IA precisará ser tratada mais como uma, e às vezes as pessoas precisarão ser tratadas mais como a IA.

2 ÁREA TRIBUTÁRIA

A automação envolve muito mais do que deixar as pessoas sem emprego, o que o economista John Maynard Keynes chama de “desemprego tecnológico”, mas é uma das coisas que mais preocupa as pessoas. Hoje, este é um frequente tema de pesquisas sobre os mercados de trabalho, algumas que prevêm o desemprego tecnológico de longo prazo e outras que não o fazem. É também uma preocupação antiga. Os Luditas, um grupo de trabalhadores ingleses, se opunham à eliminação de empregos pela automação, destruindo periodicamente máquinas em atos de protesto durante a Primeira Revolução Industrial. A história tem mostrado que seus receios eram descabidos, pelo menos no que diz respeito às preocupações com o desemprego de longa duração. No final, as máquinas resultaram não apenas em grandes ganhos de produtividade, mas também em mais empregos para todos, e desde então as novas tecnologias têm consistentemente resultado na criação geral de empregos. Motores a vapor, energia elétrica e computadores pessoais, todos eliminaram empregos, mas eles criaram mais empregos do que eliminaram.

Na virada do século XX, cerca de 40 por cento da força de trabalho dos EUA estava empregada na agricultura. Agora, menos de 2% da força de trabalho trabalha na agricultura, o que não se traduziu em um aumento de 38% no desemprego. De fato, mesmo quando o emprego na agricultura e a contribuição relativa da agricultura para a economia americana diminuiu, a produtividade dos trabalhadores agrícolas disparou e a contribuição absoluta da agricultura para a economia aumentou.

Para a Quarta Revolução Industrial, o fato de a história se repetir pode não ser tão ruim. Apesar de algumas reticências, os riscos da automação podem ser exagerados e novamente resultar em ganhos de emprego a longo prazo. De todo modo, a Primeira Revolução Industrial foi acompanhada por décadas de agitação social generalizada, aumentando as disparidades de renda e sofrimento individual. Uma abordagem regulatória proativa deveria nos permitir aproveitar ao máximo a automação e, ao mesmo tempo, limitar alguns de seus efeitos nocivos - ainda mais

importante se a IA resultar em um novo tipo de revolução industrial com um aumento permanente do desemprego de longo prazo.

Mas para todo o debate sobre a IA estar deixando as pessoas desempregadas, isto pode ocorrer por uma razão muito surpreendente. As leis tributárias tratam as pessoas e a tecnologia de automação de forma diferente, mesmo quando elas estão realizando as mesmas tarefas. Por exemplo, a automação permite que as empresas evitem os impostos salariais de funcionários e empregadores. Portanto, se um chatbot custa à Sephora o mesmo ou até um pouco mais antes dos impostos do que um empregado que faz o mesmo trabalho, na verdade custa menos para a empresa automatizar depois dos impostos.

Além de evitar impostos salariais, as empresas podem acelerar as deduções de impostos para alguma IA quando esta possui um componente físico ou cumpre algumas exceções aplicáveis para software - mas não para trabalhadores humanos. Em outras palavras, os empregadores podem recuperar grande parte do custo de uma IA antecipadamente como dedução de impostos, o que pode ser mais valioso para algumas grandes empresas do que atrasar as despesas salariais ao longo do tempo. Finalmente, os empregadores também recebem uma variedade de incentivos fiscais indiretos para automatizar. Em resumo, nossas leis fiscais impedem as pessoas e a IA de competir por seus méritos. Embora o sistema não tenha sido projetado para fazer isso, ele tributa principalmente o trabalho e não o capital. Isto tem tido o efeito não intencional de incentivar ineficientemente a automação, já que a IA tem assumido o papel tanto do capital quanto do trabalho.

O que é mais preocupante é que a IA não paga impostos! Isto soa ridículo, mas os impostos de renda e emprego são as maiores fontes de receita para o governo, juntos representando quase 90% do total da receita tributária federal. Pelo contrário, os impostos de renda das empresas geram menos de 8% da receita federal. Sob a Lei de Cortes de Impostos e Empregos de 2017, a alíquota estatutária do imposto de sociedades foi reduzida para 21% e a receita do imposto de sociedades tem tido uma tendência acentuada de queda. Qualquer que seja a alíquota legal, a alíquota

efetiva do imposto corporativo - o que as empresas pagam após levar em conta as isenções fiscais - é substancialmente menor.

Em 2018, a taxa anual de imposto do S&P 500, que se refere a 500 grandes empresas que têm ações ordinárias listadas em uma das três principais bolsas de valores dos EUA, era inferior a 18%⁶. No entanto, isto inclui todos os impostos dos níveis federal e estadual, bem como das autoridades estrangeiras. A Amazon chamou indesejada atenção naquele ano ao relatar um lucro nos EUA de US\$ 11,2 bilhões antes da tributação juntamente com uma conta de impostos negativa de US\$ 129 milhões⁷. A taxa total efetiva de impostos da Amazon para 2018 foi de 11%, incluindo impostos estrangeiros, estaduais e diferidos.

Portanto, a IA não paga imposto de renda nem gera impostos sobre o emprego. Não compra bens e serviços, portanto, não é cobrado imposto sobre vendas. Não compra ou possui propriedade, portanto, não paga impostos sobre a propriedade. A IA simplesmente não é um contribuinte, pelo menos não na mesma medida que um trabalhador humano. Se todo o trabalho fosse automatizado amanhã, a maior parte da base tributária desapareceria imediatamente. O que acontece é que quando as empresas se automatizam o governo perde receitas - potencialmente centenas de bilhões de dólares no total. Isto pode ser suficiente para restringir significativamente a capacidade do governo de pagar por coisas como seguridade social, defesa nacional e assistência médica. A longo prazo, a perda de receita deveria se reequilibrar se as pessoas que ficaram desempregadas eventualmente retornassem a tipos de trabalho semelhantes, e deveria haver ganhos de receita se a automação tornar as empresas mais produtivas e se as pessoas continuarem a encontrar tipos de trabalho mais bem remunerados. Este não será o caso se nos encaminharmos para um futuro de trabalho com taxas de desemprego mais elevadas, a menos que haja um aumento da produtividade que supere drasticamente o desemprego.

Só recentemente surgiu o debate público sobre a tributação da IA, e tem sido principalmente em relação ao abrandamento da taxa de automação nas empresas, não como uma tentativa de elaborar políticas neutras do ponto de vista fiscal ou garantir a receita do governo. A questão de como a lei deve responder permanece. A automação não deve ser desencorajada por princípio; na verdade, ela deve ser bem-vinda quando

melhora a eficiência. Porém, a automação para fins de economia fiscal pode não tornar as empresas mais produtivas ou resultar em quaisquer benefícios para o consumidor, e pode resultar em quedas de produtividade para reduzir a carga tributária. Isto não é socialmente benéfico.

As opções, uma vez que os legisladores concordem que eles não querem beneficiar a IA em detrimento dos trabalhadores humanos, poderia ser reduzir os benefícios fiscais que a IA recebe sobre as pessoas ou reduzir os impostos existentes que só se aplicam aos trabalhadores humanos. Por exemplo, os impostos sobre a folha de pagamento poderiam ser eliminados, o que pode ser uma maneira melhor de alcançar a neutralidade, uma vez que reduz a complexidade fiscal e acaba com a tributação de algo de valor social - isto é, o trabalho humano. No entanto, isto eliminaria cerca de 35% da receita tributária atual do governo federal dos EUA.

Há muitas maneiras de garantir uma receita tributária adequada, como por exemplo, aumentando os impostos sobre propriedade ou sobre vendas, o que pode ser uma forma mais progressiva de coletar fundos, pois tributaria a renda independentemente de sua fonte - trabalho ou capital. Poderia certamente ser progressivamente concebida através da aplicação de impostos de propriedade relativamente mais altos para propriedades de maior valor e impostos de venda mais altos para, digamos, bens de luxo. O imposto sobre a renda também poderia ser elevado através do aumento das alíquotas estatutárias marginais de impostos para pessoas com altos rendimentos ou das alíquotas efetivas de impostos através da eliminação de coisas como a regra *step-up in basis*, a qual reduz a responsabilidade fiscal por bens herdados.

Mais ambiciosamente, a neutralidade legal da IA pode provocar uma mudança mais fundamental na forma como o trabalho *versus* capital e os trabalhadores *versus* empresas são tributados. Novos regimes fiscais poderiam visar a IA, bem como outras tecnologias de automação às quais se aplicam considerações semelhantes, mas isso provavelmente aumentaria os custos de conformidade e a complexidade fiscal. Também “taxaria a inovação” no sentido de que poderia penalizar os modelos de negócios que são legitimamente mais produtivos com menos trabalho humano. Uma solução melhor seria aumentar os impostos sobre ganhos de capital e as taxas de impostos corporativos para reduzir a dependência

nos impostos sobre o trabalho. Antes de a IA entrar em cena, havia críticas de longa data sobre a medida em que o capital é favorecido em relação ao trabalho na política fiscal. A Quarta Revolução Industrial pode dar o impulso necessário para finalmente abordar esta questão.

O lado negativo do aumento da tributação do capital é, em grande parte, uma preocupação com a concorrência tributária internacional. Há uma crença histórica de que a mão-de-obra deve ser mais tributada do que o capital, porque o capital é mais móvel e deixará as jurisdições com taxas tributárias maiores. Estas preocupações podem ser exageradas, particularmente em grandes mercados desenvolvidos, como os Estados Unidos. Historicamente, taxas relativamente altas de impostos corporativos não têm sido uma barreira para investimentos baseados nos EUA.

Os Estados Unidos, que têm a maior economia do mundo, não têm um sistema tributário relativamente progressivo - ou seja, um sistema baseado na capacidade de pagamento de uma pessoa. Existem maiores disparidades de riqueza nos Estados Unidos do que em qualquer outro país desenvolvido. Com a IA provavelmente resultando em ganhos financeiros maciços, mas mal distribuídos, ela exigirá e nos permitirá repensar como alocar recursos e redistribuir riqueza. Se optarmos por reduzir a desigualdade de renda, isto deve ser feito principalmente através da tributação. Novas leis para garantir que a IA contribua com sua parcela justa para a receita do governo poderiam financiar programas de reciclagem para os trabalhadores e aumentar os benefícios sociais. Se a IA causar um aumento do desemprego a longo prazo, a receita tributária subsequente poderia até mesmo apoiar uma renda básica universal que permitiria aos governos pagar a cada cidadão independentemente de seu emprego.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A IA fará todo tipo de coisas que só uma pessoa costumava fazer como dirigir. É difícil dizer exatamente quando isso vai acontecer. Empresas como Uber e Tesla afirmaram que estariam usando ou vendendo veículos totalmente autônomos (AVs) antes de 2020. Outros fabricantes de

automóveis agora atestam que estarão vendendo AVs no início da década de 2020. Em contraste, um grupo de especialistas da Comissão Europeia prevê que veículos totalmente autônomos não estarão disponíveis comercialmente antes de 2030⁸. Independentemente de quando os veículos autônomos se tornarão comuns, pesquisas frequentemente relatam atitudes públicas negativas sobre eles. A maioria das pessoas diz que se sentiriam inseguras sendo levadas pelo seu carro, mas os AVs já podem ser mais seguros do que as pessoas. Os motoristas humanos são perigosos - cerca de 94% dos acidentes envolvem erros humanos. No mundo inteiro, mais de um milhão de pessoas morrem a cada ano em acidentes com veículos motorizados e dezenas de milhões são feridos. Isto é quase exclusivamente o resultado do fato de as pessoas serem péssimos motoristas.

Houve pelo menos uma fatalidade causada por um AV. Operado por Uber, o AV colidiu com um pedestre no Arizona porque não conseguiu detectá-lo a tempo de parar. Mais recentemente, os reguladores relataram que um sistema “Autopilot” da Tesla pode ter sido o culpado por um acidente fatal em março de 2019. Um porta-voz da empresa observou em resposta que os motoristas da Tesla fizeram mais de um bilhão de milhas com o sistema de piloto automático de seus carros ativados, e que ele tende a tornar os motoristas mais seguros⁹. As fatalidades relatadas anteriormente envolvendo o sistema Autopilot da Tesla foram finalmente determinadas pelas entidades reguladoras como não sendo culpa da AV. Entretanto, esses incidentes abordam os desafios da interação homem-máquina - os motoristas humanos devem estar preparados para retomar o controle do veículo em cima da hora, mas é difícil para as pessoas permanecerem alertas e engajadas enquanto um AV está dirigindo.

Inevitavelmente, os carros que dirigem por conta própria causarão fatalidades. Mas o perfeito não deve ser o inimigo do bom. Os AVs não precisam ser inofensivos para tornar as pessoas mais seguras; eles só precisam ser melhores motoristas do que as pessoas. Seja em 2025, 2035 ou 2045, os AVs não serão apenas condutores mais seguros do que as pessoas, mas muito mais seguros do que elas. Os AVs estão melhorando rapidamente e os motoristas humanos não, o que é importante no que diz respeito à responsabilidade legal por atos ilícitos.

A lei de responsabilidade civil define o que constitui um dano legal e determina os casos em que alguém pode ser responsabilizado civilmente em oposição a criminalmente. Os acidentes causados por pessoas geralmente exigem negligência para a responsabilização. Negligência significa que as ações de alguém estão abaixo do padrão de uma pessoa razoável. Para aplicar este teste, ao longo dos séculos, os tribunais desenvolveram o conceito de uma hipotética pessoa razoável que estabelece o padrão de comportamento humano. Assim, se um motorista é processado por colidir com uma criança que fugiu para a rua, e uma pessoa razoável teria evitado a criança, então o motorista seria considerado responsável. Se uma pessoa razoável não tivesse evitado a criança, então o motorista não seria responsabilizado. O paradigma da “pessoa razoável” não é exclusivo da responsabilidade civil; é uma norma que se aplica em muitas áreas, inclusive na legislação criminal e contratual.

As pessoas mencionam a responsabilidade civil quando falam sobre a lei e a condução de automóveis, muitas vezes no contexto da preocupação de que ninguém - ou nada - será responsabilizado por acidentes causados por veículos automotores. Essas preocupações são descabidas. Os AVs são produtos, e já existe um regime legal construído em torno de lesões causadas por produtos. A lei de responsabilidade por defeitos do produto poderia simplesmente ser aplicada aos acidentes automobilísticos. Simplificando, há uma regulação diferente para acidentes causados por pessoas e para acidentes causados por produtos. A lei responsabiliza estritamente os fabricantes e revendedores de produtos pelos danos causados quando uma máquina é defeituosa, ou quando suas propriedades estão desvirtuadas. A responsabilidade estrita se refere ao fato de que a responsabilidade se baseia na causalidade, sem que haja negligência: a IA causou um dano independentemente de a conduta de um fabricante ser socialmente censurável? A responsabilidade estrita é uma barra mais fácil de ser superada para a responsabilização, o que é uma boa regra para a maioria dos produtos. Há mais responsabilidade para os fabricantes, incentivando-os assim a fabricar produtos mais seguros, já que eles estão na melhor posição para melhorar sua segurança e lucrar com a diminuição de acidentes. No entanto, uma maior responsabilidade para os fabri-

cantes não se traduz necessariamente em menos acidentes se um produto for mais seguro do que a norma existente. Nesse caso, a lei de responsabilidade por fatos ou vícios de produto tornaria as pessoas menos seguras. Quando a IA tem mais responsabilidade do que uma pessoa, ela torna o custo da automação mais alto. Este não é um resultado desejável. A automação deve ser encorajada, ou pelo menos não desencorajada, através da responsabilidade civil em situações em que ela melhoraria a segurança.

Ao invés vez de aplicar a legislação padrão de responsabilidade por produtos à IA, ela deveria avaliar os acidentes causados pela IA sob um padrão de negligência. Em certo sentido, isto trataria a IA como uma pessoa e se concentraria no ato da IA ao invés de seu design. A lei perguntaria se a IA se comportou de tal forma que, se uma pessoa tivesse feito o mesmo, o ato teria ficado abaixo do padrão de uma pessoa razoável. Se assim fosse, então o fabricante da IA seria financeiramente responsável. Como com os réus humanos, a lei normalmente não se preocupa com o que uma pessoa estava pensando ou se ela achava que o que estava fazendo parecia razoável. A lei analisa objetivamente se uma pessoa razoável teria cometido o ato.

Aqui, como na legislação tributária, IA e pessoas competem nos mesmos tipos de atividades e exibem comportamentos semelhantes. Atualmente, a lei tributária incentiva a automação, enquanto a lei de responsabilidade civil desestimula a automação. Um princípio de neutralidade legal da IA que julga seu comportamento por um padrão de negligência encorajaria o desenvolvimento e a adoção de tecnologias mais seguras. Novamente, isto não trataria a IA e as pessoas diretamente da mesma forma legal, já que a IA não seria pessoalmente responsável pelos danos causados por ela. A IA é possuída como uma propriedade, não tem recursos financeiros e não é influenciada pelo espectro da responsabilidade como as pessoas são. A responsabilidade baseada em negligência para a IA funcionaria como um mecanismo baseado no mercado para incentivar a introdução de tecnologias que melhoram a segurança com o benefício de não exigir financiamento governamental, encargos regulamentares adicionais para a indústria, ou novas responsabilidades administrativas.

Aplicar uma estrutura de negligência à IA é a parte menos importante da história da responsabilidade civil. Chegará o momento em que o desempenho da IA não será apenas mais seguro, mas substancialmente mais seguro do que o de uma pessoa - a ponto de que carros que se dirigem sozinhos quase nunca causarão acidentes, e quase qualquer acidente causado por uma pessoa seria considerado negligente em comparação com uma IA. Quando isto acontecer, não importará qual regime de responsabilidade a lei se aplica à IA; importará qual regime de responsabilidade que aplicamos a nós mesmos porque até lá nós - pessoas - seremos o maior perigo na estrada. Os tribunais, neste ponto, deveriam manter os motoristas humanos no padrão dos carros que dirigem sozinhos - o *Reasonable Robot standard* (padrão razoável de robô), embora possa ser mais preciso, se menos cativante, chamá-lo de padrão razoável de IA. Hoje em dia, se uma criança corre na frente do carro de uma pessoa enquanto ela está dirigindo à noite e não consegue parar, a pessoa provavelmente não seria responsável. Entretanto, em um futuro em que o padrão razoável da pessoa é representado por uma IA que poderia ter parado, aí ela seria responsável.

Carros autônomos são apenas um exemplo de como a IA irá interferir com a lei de responsabilidade civil. Com o aumento dos custos de saúde e as evidências sugerindo que a IA pode superar as pessoas em alguns aspectos do cuidado com a saúde, as pessoas poderão em breve consultar o Dr. Watson para obterem cuidados. Atualmente, a IA só pode prevalecer sobre pessoas em aspectos muito restritos da prática médica, mas está melhorando rapidamente, e os médicos humanos não estão. O que deve ser lembrado é que o Watson não precisa ser perfeito para melhorar a segurança - apenas um pouco melhor do que os médicos humanos, e essa barra é baixa. Não se enganem, os médicos humanos são absolutamente perigosos. As pessoas não devem deixar de consultar médicos, mas o erro médico mata muito mais pessoas do que os acidentes de carro. Na verdade, para os médicos que fazem um juramento de em primeiro lugar nunca causar o mal a alguém, não será ético permitir que eles concorram com uma IA muito mais segura.

4 PROPRIEDADE INTELECTUAL

Não deve causar surpresa o fato de que a IA tenha gerado invenções científicas de forma autônoma por décadas. Mas enquanto a lei fornece direitos de propriedade intelectual - direitos a certas criações intangíveis, como direitos autorais para livros e música ou patentes para certos tipos de descobertas - para a produção humana, ela permanece atrasada quando a IA cria “produtos da mente”. Legalmente, não está claro se as invenções geradas pela IA, aquelas feitas sem os inventores tradicionais, são elegíveis para proteção de patentes.

Na maioria dos casos, a existência de uma patente exige que o inventor seja uma pessoa física (um indivíduo humano) e o titular inicial desse direito. Os inventores têm a capacidade de transferir seus direitos para outros; isto pode acontecer automaticamente quando empregados criam algo dentro do escopo do emprego. De fato, a maioria das patentes são de propriedade de pessoas artificiais na forma de empresas. Ainda assim, a exigência de que um inventor seja uma pessoa física garante o direito dos criadores humanos de serem reconhecidos mesmo quando as empresas possuem direitos relacionados à propriedade intelectual.

Estas leis não foram projetadas com a IA em mente e até o ano de 2019 não há qualquer lei especificamente sobre invenções geradas por IA em nenhuma jurisdição. Como resultado, não está claro se uma invenção gerada por IA poderia ser patenteável, quem poderia ser o proprietário de tal patente e quem - ou o que - poderia ser considerado um inventor. Estas não são apenas questões acadêmicas. Em 2019, a Siemens relatou que não tinha sido capaz de requerer proteção para múltiplas invenções geradas por IA porque não conseguia identificar uma pessoa física qualificada como inventor¹⁰. Enquanto isso, os escritórios de patentes provavelmente têm concedido patentes sobre invenções geradas por IA por décadas - mas apenas porque ninguém está revelando o envolvimento da IA.

A lei deve permitir patentes para invenções geradas por IA e até mesmo reconhecer a IA como inventora quando a ela atende aos critérios de invenção. A principal razão se baseia no motivo pelo qual a lei concede direitos de propriedade intelectual em primeiro lugar: para incentivar certas

atividades de valor social. Se não houvesse uma lei que impedisse as pessoas de copiar ou usar produtos intangíveis como um novo medicamento ou um processo industrial, este tipo de coisa estaria sendo subproduzido. Isto é referido como o problema do *free rider*, para o qual as patentes são uma solução. Elas fornecem a um inventor um monopólio temporário sobre uma invenção, impedindo que terceiros a utilizem ou a copiem sem permissão. A perspectiva de uma patente proporciona assim uma motivação financeira adicional para os inventores.

As máquinas não têm uso para patentes, mas as pessoas que constroem, possuem e usam IA têm. Permitir patentes para invenções geradas por uma IA inventiva a tornaria mais valiosa e incentivaria o seu desenvolvimento, o que se traduziria em recompensas pelo esforço a montante do estágio de invenção e, em última instância, resultaria em mais inovação. Em contraste, não permitir patentes para invenções geradas por IA desencorajaria as empresas de usá-las para gerar nova propriedade intelectual, mesmo nos casos em que ela seria mais eficaz do que uma pessoa.

Além disso, o reconhecimento da IA como inventora protegeria os direitos morais humanos porque impediria as pessoas de receberem um reconhecimento imerecido. Assumir o crédito pelo trabalho de uma IA não importaria para uma máquina, mas diminuiria as realizações das pessoas que legitimamente criaram obras patenteáveis. Além disso, o reconhecimento da IA como inventora daria valor aos seus desenvolvedores e reduziria o trabalho dos escritórios de propriedade intelectual. Assim como no caso de carros autônomos, a IA não possuiria direitos de propriedade intelectual - esses seriam de propriedade do proprietário da IA.

Alguns críticos têm argumentado a favor da proibição dos direitos de propriedade intelectual sobre obras geradas por IA com base no fato de que a lei deveria proteger apenas os resultados da atividade mental e as máquinas não podem pensar. Este não é o foco correto: Se e como uma IA pensa não deve ser relevante. O Congresso percebeu a necessidade de um padrão funcional para invenções nos anos 50. Antes disso, os tribunais utilizavam um teste denominado de "*Flash of Genius*", que exigia que a faísca inventiva chegasse a uma pessoa em um momento de clareza e

não como resultado de uma pesquisa metódica e laboriosa. A natureza do teste nunca foi totalmente clara, mas o processo envolvia o raciocínio subjetivo dos juízes sobre o que um aspirante titular de patente poderia estar pensando.

Eventualmente, as pessoas perceberam que o teste era uma ideia terrível. Ele é difícil de aplicar, mas mais importante, não deveria importar para a lei se a invenção vem de Einstein ou de uma sala cheia de macacos. O que interessa à sociedade é gerar inovação socialmente benéfica, não como uma IA é projetada ou se ela pensa em um sentido filosófico. A inventividade da produção de uma IA ao invés de um antropomorfismo desajeitado deve guiar a lei de propriedade intelectual.

Em 2019, advogados de patentes liderados pelo autor deste livro anunciaram que haviam depositado os primeiros pedidos de patente para divulgar que eles se baseavam em invenções geradas por IA como parte do *Artificial Inventor Project* (Projeto Inventor Artificial). As aplicações nomeiam uma IA, “DABUS”, como inventora de um projeto de recipiente funcional e de um tipo de sinal de emergência, com o proprietário da IA listado como o requerente da patente e futuro proprietário de quaisquer Direitos resultantes. Antes de o *Artificial Inventor Project* anunciar os pedidos feitos, o Escritório de Propriedade Intelectual do Reino Unido (UKIPO) havia examinado os arquivos e essencialmente determinado que eles eram patenteáveis, exceto que um inventor humano não havia sido nomeado. Após a divulgação do inventor IA, o UKIPO rejeitou os pedidos, que agora estão sob apelação nas Cortes Superiores do Reino Unido. Em seu aviso de rejeição, o auditor da UKIPO escreveu que

As invenções criadas pelas máquinas de IA provavelmente se tornarão mais prevalentes no futuro e há uma questão legítima sobre como ou se o sistema de patentes deve lidar com tais invenções. Descobri que o sistema atual não atende a tais invenções e nunca foi previsto que o faria, mas os tempos mudaram e a tecnologia avançou. É correto que isto seja debatido mais amplamente e que quaisquer mudanças na lei sejam consideradas no contexto de tal debate, e não arbitrariamente inseridas na legislação existente¹¹.

Esses mesmos pedidos de patentes estão atualmente sendo considerados em várias jurisdições ao redor do mundo, incluindo os Estados Unidos e o Escritório Europeu de Patentes¹².

Enquanto isso, a IA está melhorando exponencialmente e os pesquisadores humanos não. Isto é excitante porque significa que a sociedade provavelmente testemunhará o mesmo tipo de fenômeno com a IA inventiva e com os carros autônomos: grandes melhorias em relação ao desempenho humano. Quando a IA superar o desempenho das pessoas, ela se tornará a forma padrão de realização da pesquisa. Ao invés de a Pfizer perguntar a seus cientistas se um medicamento que trata uma condição imunológica pode tratar outra, ou a Exxon seus químicos para projetar melhores catalisadores, ambas as empresas usarão, por exemplo, a IA do DeepMind para completar a tarefa. Na lei de patentes, o padrão humano frequentemente comparado ao padrão de pessoa razoável é a “pessoa com habilidade comum na arte”, ou a pessoa hábil. Esta pessoa hipotética representa o trabalhador médio em um campo e serve como referência para o comportamento humano. A ideia é que para se obter um certificado de patente, uma pessoa deve realizar algo a mais do que o trabalhador médio de uma área faria. Portanto, se uma pessoa inventa algo que seria óbvio para a pessoa hábil, não lhe pode ser concedida uma patente. Se a invenção não for óbvia, então lhe pode ser.

A IA deve mudar o padrão da pessoa qualificada. Como a pessoa hábil reflete o trabalhador médio em um campo de invenção, o conceito deve mudar uma vez que o trabalhador médio seja complementado pela IA. Neste momento, talvez já na atualidade em alguns campos, a pessoa hábil deve se tornar a pessoa hábil que usa a IA. Isto deve elevar o nível de patenteabilidade porque o auxílio da IA tornará os trabalhadores médios mais sofisticados e instruídos - tornando mais óbvias as invenções. Uma vez que a IA passe de ser um auxiliar rotineiro para automatizar o trabalho inventivo, a pessoa hábil deve se tornar uma IA inventiva. Isto deve elevar ainda mais o requisito da patenteabilidade porque a IA inventiva do futuro encontrará mais facilmente as invenções óbvias, e esse requisito continuará a subir à medida que as máquinas continuem a melhorar.

Sem um limite claro para a sofisticação da IA, será difícil para uma pessoa sozinha encontrar qualquer coisa não óbvia. Eventualmente, tudo será óbvio para uma IA superinteligente. Isto pode significar o fim do sistema de patentes, mas isto não deve ser motivo de preocupação. Uma vez que a IA inventiva superinteligente seja de uso corrente, os custos financeiros da inovação serão triviais, o impulso para incentivar será desnecessário e a inovação futura será autossustentável.

5 ÁREA CRIMINAL

Semelhante ao seu papel em invenções, a IA já está se engajando de forma autônoma em atividades que seriam criminosas para uma pessoa física. Além disso, a IA pode fazê-lo de forma indetectável, ou irredutível, ao ato ilícito de uma pessoa. Em outras palavras, da mesma forma que algumas obras geradas por IA carecem de um ator que tradicionalmente se qualificaria como inventor, há casos de crimes gerados por IA em que nenhuma pessoa física pode ser responsabilizada criminalmente. Hoje, pelo menos, quase todos os crimes envolvendo IA são passíveis de serem redutíveis ao crime humano. Dito de forma simples, se uma pessoa ataca alguém com um computador, ela cometeu assalto, não o computador.

Entretanto, pode haver momentos em que não é possível reduzir o crime da IA a um indivíduo devido à autonomia, complexidade ou explicabilidade limitada da IA. Tal caso pode envolver vários indivíduos que contribuem para o desenvolvimento de uma IA durante um longo período de tempo, como com software de código aberto, onde milhares de pessoas podem colaborar informalmente para criar uma IA. Outro caso nesta categoria pode apresentar uma IA que se desenvolve em resposta ao treinamento com dados. Atribuir reponsabilidade para uma operação de IA aonde a máquina aprendeu a se comportar com base no acesso a milhões ou bilhões de pontos de dados de fontes heterogêneas pode ser praticamente impossível.

O direito penal fica aquém do esperado dada a possibilidade de uma entidade autônoma poder se envolver em atividades criminosas sem ser responsabilizada. Isto provavelmente se tornará um problema mais signi-

ficativo à medida que a IA se tornar mais avançada, comum e independente. Uma solução para crimes gerados pela IA é responsabilizar a própria IA e condená-la por um crime. Um pequeno, mas crescente número de acadêmicos está desenvolvendo tais argumentos, e a punição criminal da IA pode parecer seguir o princípio da neutralidade legal da IA, que adverte contra o tratamento legal diferenciado entre uma ação da IA e o comportamento humano.

A aplicação da neutralidade legal da AI é mais simples em áreas onde a lei se preocupa principalmente em promover certos tipos de comportamento, tais como incentivar a inovação no caso da lei de patentes ou melhorar a segurança na responsabilidade civil. Mas algumas áreas da lei estão mais explicitamente preocupadas com as motivações intrínsecas de alguém para agir de uma certa forma. Este é particularmente o caso no direito penal, que geralmente exige não apenas que alguém tenha se envolvido em algum tipo de conduta proibida, mas também que ele o tenha feito por más razões. Por exemplo, para cometer um crime uma pessoa pode precisar causar dano, talvez até mesmo um dano que constituiria um delito, mas ela também deve ter a intenção de causar esse dano - ou pelo menos ter algum tipo de estado mental injusto. Culpa e retribuição são motivos fundacionais para a punição criminal. A primeira se refere ao quanto as pessoas são moralmente culpadas por suas atividades, e a segunda se preocupa em punir as pessoas porque elas merecem, e não porque isso resulta em um bom resultado social. Uma IA pode se envolver nos mesmos tipos de comportamentos antissociais que a lei criminal condena, mas não está claro que uma IA possa alguma vez ser culpada porque apenas executa a programação. Uma preocupação ainda mais fundamental, de natureza semelhante, é a exigência de que um crime envolva um ato voluntário. Como a IA não é consciente, não está claro que ela seja capaz de realizar um ato - apenas de causar danos físicos. Um furacão não pode realizar um ato, mas não a extensão dos danos que pode causar é imensa.

Intuitivamente, isto faz com que a ideia de punir a IA pareça incoerente. Mas, como no caso dos impostos sobre robôs, a punição criminal da IA não é tão ridícula quanto possa parecer. A lei já pune criminalmente

peças artificiais sob a forma de empresas. Mesmo que não possuam literalmente estados mentais, as corporações podem enfrentar acusações diretamente quando seus procedimentos defeituosos causam danos, particularmente quando problemas estruturais em sistemas e processos corporativos são difíceis de se reduzir às ações errôneas de indivíduos. A lei pune criminalmente as ofensas de responsabilidade estrita, atos que não exigem qualquer estado mental injusto, como a intenção de causar danos. A punição pode até mesmo ser imposta em caso de ausência de ação. Em suma, punir uma pessoa artificial por não agir, mesmo sem evidência de intenção danosa, não é algo que possa ser descartado. O direito penal pode - e, quando empresas estão envolvidas, já o faz - apelar para a elaboração de ficções legais para fornecer uma base para punir algumas entidades artificiais.

Uma IA não é uma empresa, e sob as atuais estruturas legais ela não pode ser responsabilizada criminalmente, mas as leis podem ser alteradas. Em 2017, o Reino da Arábia Saudita anunciou que havia dado a cidadania a um robô chamado Sophia, fabricado pela Hanson Robotics. Embora esta tenha sido provavelmente mais uma manobra publicitária do que um ato de boa-fé, não há nenhum princípio legal imutável que proíba a cidadania a um robô. No Reino Unido, por exemplo, o Parlamento tem a soberania para aprovar qualquer legislação que queira, e não está vinculado a uma constituição escrita. De fato, a lei inglesa costumava incorporar a punição a objetos inanimados. No século XI, se bens pessoais causavam a morte de uma pessoa, a propriedade era dada como *deodand*, confiscada como uma coisa maldita e dada a Deus. O remédio da *deodand* não foi formalmente abolido até um ato do parlamento em 1846.

Outras jurisdições têm se mostrado ainda mais flexíveis. A lei indiana reconhece que animais, rios e até entidades divinas podem ter personalidade jurídica, e a Bolívia concedeu direitos à “Mãe Terra” em 2010¹³. Mas só porque as leis podem mudar, não significa que devam mudar. Mudanças legais podem acarretar custos significativos, e se feitas de maneira inadequada podem minar o Estado de Direito e a confiança no sistema jurídico. Para responder à questão de se a IA deve ser criminalmente responsável, é necessário um exame sério dos custos e benefícios

da punição da IA, incluindo se os compromissos doutrinários e teóricos do direito penal são consistentes com a imposição de condenações criminais à AI. Punir a IA poderia gerar uma dissuasão geral: desencorajar outros potenciais infratores de cometer crimes. A perspectiva de punição por crimes gerados por IA não deteria diretamente uma IA assim como os direitos de propriedade intelectual para obras geradas por IA não motivariam uma IA. O objetivo seria impactar o comportamento dos desenvolvedores, proprietários ou usuários de IA. Isto poderia ocorrer se a punição envolvesse confisco ou destruição de uma valiosa IA ou penalidades financeiras dirigidas aos seus proprietários. A punição da IA também poderia beneficiar psicologicamente as vítimas de crimes gerados por IA que vissem o Estado afirmar seus direitos e punir a entidade que lhes causou danos. Isso garantiria aos cidadãos que a atividade criminosa, mesmo por IA, não seria tolerada na sociedade.

Entretanto, a punição da IA não deve violar os princípios profundamente defendidos do direito penal, tais como a exigência de um ato voluntário e a capacidade de culpabilidade. Uma solução é a abordagem que tem sido aplicada para permitir a punição corporativa. As empresas não têm estados mentais, mas a lei permite que estados mentais possuídos por agentes humanos de uma empresa sejam imputados à ela. Assim, se os diretores da empresa optarem por um esquema ilegal de fixação de preços, a empresa é considerada como tendo a intenção de se engajar em uma ação ilegal. No caso da IA, a lei poderia de forma semelhante imputar estados mentais dos proprietários, usuários ou desenvolvedores de IA, embora possa ser mais difícil fazer isso para a IA do que para uma empresa, particularmente no caso de um crime gerado pela IA onde não há um suprimento pronto de indivíduos culpáveis. Uma empresa, ao contrário da IA, é composta de pessoas.

Uma opção diferente seria notar que o direito penal nem sempre exige culpabilidade. Por exemplo, os crimes de responsabilidade estrita não exigem um estado mental particular. Dependendo da jurisdição, vender álcool a um menor pode ser um crime, independentemente de alguém ter acreditado razoavelmente que era um adulto. Os crimes de responsabilidade estrita são desaprovados porque a sociedade não quer

punir pessoas que tenham agido sem culpa moral; isto os trataria como um meio para atingir um fim sem respeitá-los como indivíduos. A mesma restrição não se aplica à IA porque ela não encara a punição de uma maneira negativa ou possui direitos humanos. Entretanto, isto não supera o fato de a IA não cumprir com a exigência de um ato voluntário.

Mais ambiciosamente, a lei poderia permitir que a IA seja de fato capaz de agir e que sua tomada de decisão envolva algo suficientemente análogo a um estado mental humano. Funcionalmente, a IA pode adquirir e processar informações, engajar-se na lógica e na razão para determinar o melhor meio de atingir um objetivo e agir sobre o mundo de forma a aumentar a probabilidade de que esse objetivo ocorra. Os filósofos podem debater se esses comportamentos contam como atos genuínos ou estados mentais, mas de qualquer forma a lei poderia tratá-los como tal.

Como uma questão prática, pode ser difícil raciocinar sobre o que uma máquina estava pensando, mas os jurados muitas vezes não conhecem diretamente o estado mental de um réu humano e inferem o que ele estava pensando com base em seu comportamento. Os jurados poderiam fazer inferências semelhantes sobre o conhecimento, intenção e objetivos de uma IA com base em seu comportamento. Por exemplo, se um carro que dirige sozinho atropela alguém, pode ser considerado como tendo a intenção de causar danos se ele mudar repetidamente seu rumo para atingir um pedestre em movimento.

Punir a IA vem com custos, mesmo que não viole nenhum princípio fundamental do direito penal. Os custos viriam na forma de mudanças legais significativas e um nível de disrupção que deveria ser evitado sem uma boa causa, e punir a IA poderia enviar uma mensagem preocupante de que a ela está moralmente em pé de igualdade com as pessoas. Direitos e obrigações muitas vezes andam de mãos dadas, e a punição poderia reforçar o ponto de vista de que a IA merece direitos. A sociedade já viu isso antes com os direitos concedidos às empresas nos Estados Unidos aumentando gradualmente ao longo do tempo: Uma IA elegível para punição hoje poderia ser uma IA elegível para votar amanhã.

Estão disponíveis melhores respostas para a perspectiva de crimes gerados por IA. Uma opção seria expandir as penalidades criminais ou civis

dirigidas às pessoas. Novos deveres legais poderiam ser criados para desenvolver responsabilmente, supervisionar ou permanecer imputável por uma IA, com a responsabilidade sendo atribuída pelo não cumprimento de tais deveres. Isso se qualificaria como responsabilidade baseada na conduta humana e não na responsabilidade pela conduta prejudicial da própria IA. Punir diretamente proprietários, usuários e desenvolvedores de IA seria provavelmente uma maneira mais eficaz de influenciar seu comportamento do que indiretamente através da punição da IA. Expandir a responsabilidade civil ao invés da criminal pode ser uma resposta melhor, porque fazer o segundo poderia desestimular demais atividades como o desenvolvimento da IA, o que gera benefícios sociais, especialmente porque o crime gerado pela IA ainda não tem sido um problema significativo. Portanto, a punição da IA deve ser evitada - não porque seja incompatível com a lei criminal, mas simplesmente porque é uma má ideia.

6 O FUTURO DA IA

A IA considerada no contexto do direito tributário, responsabilidade civil, propriedade intelectual e direito penal fornece insights sobre como a IA afetará os padrões legais existentes e como os padrões legais moldarão seu desenvolvimento. A IA promete ser altamente disruptiva - e se a história for um guia - de formas inesperadas. Talvez, em retrospectiva, a IA provará ter sido meramente parte de outra revolução industrial. Entretanto, nosso sistema jurídico não tem feito historicamente o melhor trabalho de limitar os danos causados pela disrupção tecnológica. Uma abordagem diferente de nossas estruturas legais poderia ajudar a otimizar os benefícios sociais da IA. Os princípios usados para desenvolver um sistema legal precisam ser, se não repensados, redesignados com respeito à IA antes que os eventos ultrapassem a sociedade.

Tais eventos estão bem encaminhados. Considere mais uma vez a IA e os jogos de tabuleiro, um tópico com lições importantes para pensar sobre o futuro da IA. Em primeiro lugar, ele nos ensina que a IA é uma tecnologia excepcional - algo que pode agir como uma pessoa independentemente de seus criadores. Em 1997, foi o Deep Blue da IBM que derrotou o campeão mundial Garry Kasparov no xadrez, não os progra-

madores do Deep Blue que, mesmo que tivessem jogado contra ele como uma equipe, não teriam tido chance de vencer. Ao invés disso, os programadores criaram uma entidade autônoma que se engajava em uma atividade além de suas próprias capacidades. Naquela época, o Deep Blue era um dos mais poderosos supercomputadores já construídos, capaz de avaliar 200 milhões de posições de xadrez por segundo. Hoje em dia, os programas de xadrez executados em smartphones podem vencer os melhores jogadores humanos do mundo.

A IA e o xadrez também apontam para um futuro próximo no qual o melhoramento humano através da IA é mais importante do que a automação. Após sua partida com o Deep Blue, Kasparov teve uma realização: Uma pessoa e uma IA podem jogar xadrez em colaboração e complementar-se mutuamente. Em 1998, ele venceu o primeiro torneio de xadrez “centauro”, onde um jogador humano e uma inteligência artificial jogam em equipe. Não é surpreendente que uma pessoa auxiliada por uma IA tenha se mostrado melhor do que alguém jogando sem assistência. Mas uma pessoa e uma IA também superaram uma IA jogando sozinha. Os grandes mestres são bons em estratégia de xadrez de longo prazo, mas pobres em calcular rapidamente milhões de jogadas possíveis. O inverso é verdadeiro para a IA jogando xadrez. Como as pessoas e a IA são fortes em diferentes dimensões, elas podem se sair melhor trabalhando juntas do que independentemente.

A lição final é a seguinte: A automação é provavelmente inevitável. Em 2017, no mesmo ano em que o AlphaGo venceu o melhor jogador humano do mundo, o programa de xadrez Cryptic venceu a melhor equipe composta de uma IA e um humano¹⁴. Eventualmente, as pessoas podem simplesmente atrapalhar.

REFERÊNCIAS

CARDOZO, Benjamin Nathan. **Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo** 417 (Margaret E. Hall ed., 1947).

Gear 2030, Final Report of the High-Level Group on the Competitiveness and Sustainable Growth of the Automotive Industry in the European Union, at 40 (July 2017).

Law No. 071, **Ley de Derechos de la Madre Tierra**, Diciembre 21, 2010, LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL (Bolivia), www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20071%20DERECHOS%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf.

LEE, Timothy B. Autopilot Was Active When a Tesla Crashed into a Truck, Killing Driver, **Ars Technica**, May 16, 2019, <https://arstechnica.com/cars/2019/05/feds-autopilot-was-active-during-deadly-march-tesla-crash/?comments=1&post=37374819>.

Ministry of Foreign Affairs of Japan, **G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy** (2019), www.mofa.go.jp/files/000486596.pdf.

Organisation for Economic Co-Operation and Development, **Principles on Artificial Intelligence** (2019), www.oecd.org/going-digital/ai/principles/.

KRANTZ, Matt. PepsiCo Paid No Tax? Neither Did These Other 33 Profitable S&P 500 Companies, **Investor's Business Daily**, July 18, 2019, www.investors.com/etfs-and-funds/personal-finance/corporate-tax-rate-zero-profitable-us-companies-sp500/.

RUBIN, Richard. Does Amazon Really Pay No Taxes? Here's the Complicated Answer, **The Wall Street Journal**, June 14, 2019, www.wsj.com/articles/does-amazon-really-pay-no-taxes-heres-the-complicated-answer-11560504602.

STRICKLAND, Eliza. How IBM Watson Overpromised and Underdelivered on AI Health Care, **IEEE SPECTRUM**, Apr. 2, 2019, <https://spectrum.ieee.org/bio-medical/diagnostics/how-ibm-watson-overpromised-and-underdelivered-on-ai-health-care>.

WEIBEL Beat. AI Created Inventions – Digital Inventor Computer-Implemented Simulations – Digital Twin, **WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)**, Sept. 30, 2019, www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=454861.

WRZESZCZYNSKI, Kazimierz O. et al. Comparing Sequencing Assays and Human-Machine Analyses in Actionable Genomics for Glioblastoma, 3 **NEUROL. GENET.** (2017), DOI: 10.1212/NXG.000000000000164.

Ex parte Stephen L. Thaler, No. BL O/741/19 (U.K. I.P.O. Dec. 4, 2019).

Veja www.artificialinventor.com para o status atual desses pedidos.

E-mails com Arno Nickel, Gerente Geral do InfinityChess (Nov. 7 & 10, 2019) (de posse do autor).

Recebido: 12/11/2020

Aprovado: 05/01/2021

A UNIÃO EUROPEIA DÁ SEUS PRIMEIROS PASSOS NA REGULAMENTAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROPRIEDADE INTELECTUAL

The European Union takes its first steps in regulating the relationship between Artificial Intelligence and Intellectual Property

Guillermo Palao Moreno¹

RESUMO:

A “Quarta Revolução Industrial” significou um importante impulso para a Inteligência Artificial. Entre suas múltiplas implicações de uma perspectiva legal, destaca-se seu impacto sobre a gestão e a proteção dos direitos de propriedade intelectual. Frente a esta realidade, a União Europeia (UE) adotou uma postura ativa na gestão destas relações. Este trabalho parte desta realidade complicada, para abordar as diferentes iniciativas originadas na UE neste campo. Não apenas para expor os objetivos e realizações subjacentes, mas também para apresentar as linhas que orientam seu trabalho e as perspectivas futuras.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual; Inteligência Artificial; União Europeia.

ABSTRACT:

The “Fourth Industrial Revolution” has meant a major boost for Artificial Intelligence. Among its multiple implications from a legal perspective, its impact on the management and protection of intellectual property rights stands out. Faced with this reality, the European Union (EU) has adopted an active stance in managing these relationships. This paper stems from this complicated reality, to address the different initiatives originated in the EU in this field. Not only to expose the underlying objectives and achievements, but also to present the lines that guide their work and future prospects.

Keywords: Intellectual Property; Artificial Intelligence; European Union.

¹ Professor de Direito Internacional Privado, Universitat de València. Membro do Grupo de Pesquisa de Excelência MedARb GIUV2013-090 e do Projeto de P&D MINECO DER-2016-74945-R (Universitat de València). E-mail: guillermo.palao@uv.es.

SUMÁRIO

I. El creciente interés de la ue en la ordenación de la Inteligencia Artificial. **1.** La Inteligencia Artificial, una prioridad clave para la UE. **2.** Un repaso a la acción normativa desarrollada por la UE relativa a la Inteligencia Artificial. **A)** Con carácter general. **B)** Aspectos éticos. **C)** Derecho privado. **II.** Estado de la cuestión y perspectivas de futuro sobre las relaciones que mantiene la Inteligencia Artificial y la Propiedad Intelectual en la UE. **1.** La escasa y reciente atención de las instituciones de la UE a las significativas relaciones que mantienen Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual. **2.** Objetivos y claves principales de la acción normativa de la UE sobre el impacto de la Inteligencia Artificial en la Propiedad Intelectual. **III.** Aproximación sectorial a los objetivos que informan la acción normativa proyectada por la UE en este ámbito. **1.** Derechos de autor y derechos afines. **2.** Propiedad Industrial. **IV.** A Modo de conclusión.

I O CRESCENTE INTERESSE DA UE NA GESTÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A Inteligência Artificial (IA) é uma realidade indiscutível hoje, surgindo no contexto do que é conhecido como a “Quarta Revolução Industrial” (4IR)². Longe de ter atingido seu máximo desenvolvimento e potencial, a IA é chamada a desempenhar um papel chave e profundamente estratégico, bem como a ter uma importância radical e central na sociedade e na economia. Devido a sua inegável transcendência global, encontramos-nos em uma espécie de corrida entre os países e regiões mais avançados tecnologicamente em seu desenvolvimento, para ocupar uma posição de liderança em seu desenvolvimento mundial.

Esta competição internacional é acompanhada pela concentração de P&D e inovação neste campo em poucos países, o que teria levado ao estabelecimento de políticas públicas e ao surgimento de interesses pri-

² Por todos, SCHWAB, K., **The Fourth Industrial Revolution**, Ginebra, World Economic Forum, 2016, pp. 11-17.

vados, que investiram fortemente em pesquisa, inovação e infraestrutura na IA; aos quais se juntaria uma preocupação gradual na adaptação da resposta oferecida pela lei a este fenômeno, a fim de promover seu desenvolvimento, garantindo um nível adequado de segurança jurídica³. Entre as diferentes respostas oferecidas de uma perspectiva normativa - internacional e comparativa -, este estudo enfatizará a preocupação que a regulamentação da IA despertou das instituições da União Europeia (UE); em particular, com relação à atenção dada ao campo do direito privado. O principal objetivo deste trabalho é dar conta das principais chaves, do estado da arte e das perspectivas futuras neste campo, particularmente no que diz respeito à Propriedade Intelectual (PI). Principalmente, após a recente publicação da Resolução do Parlamento Europeu de 20.10.2020, sobre direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial⁴. Uma abordagem que, no entanto, só pode ser provisória neste momento, devido ao tímido progresso que tem sido feito nesta área até agora.

1 Inteligência Artificial, uma prioridade chave para a União Europeia

O indiscutível valor estratégico da IA chamou a atenção das instituições da UE, tanto por suas profundas e multifacetadas implicações no mercado interno, quanto pela preocupação em manter o papel pioneiro da Europa e salvaguardar a soberania digital e industrial da UE neste campo. Um interesse que teria sido desdobrado através de diferentes iniciativas e de diferentes instâncias; destacando-se - no que diz respeito a este trabalho - a dimensão puramente jurídica deste fenômeno. Neste sentido, de uma perspectiva estritamente regulatória, as instituições europeias ativaram uma determinada ação estratégica, destinada a não

³ BONADIO, E., MCDONAGH, L., ARVIDSSON, E., "Intellectual Property Aspects of Robotics", **European Journal of Risk Regulation** 2018, núm. 9, pp. 655-676, p. 656. TEXTO TRADUZIDO DO ESPANHOL por Marcos Wachowicz

⁴ P9_TA (2020) 0277.

perder o trem de IA, diante dos avanços que se manifestaram em outras regiões concorrentes⁵.

Para começar, deve ser enfatizado que a UE está particularmente interessada em aproveitar as grandes oportunidades e o potencial oferecido pela IA, ao mesmo tempo em que minimiza os grandes desafios que ela implica⁶. Tudo isso, com o objetivo de garantir a competitividade e, a partir deste nó, manter a liderança europeia no campo. Estes objetivos seriam alcançados promovendo políticas públicas para garantir os meios financeiros e legislativos que favoreçam tanto a promoção da pesquisa e da inovação neste setor, quanto as mudanças estruturais e os investimentos em infraestrutura necessários para atingir os objetivos acima mencionados.

2 Uma revisão da ação regulatória desenvolvida pela UE relacionada à Inteligência Artificial

A atenção que as instituições europeias têm prestado para fornecer um marco legal para a IA é caracterizada por sua pluralidade e pelo fato de estar ainda em uma fase inicial. Neste sentido, se levarmos em consideração as disposições dos diversos documentos que foram desenvolvidos desde meados dos anos 2010, a UE elaborou uma estratégia regulatória neste setor destinada principalmente a promover seu impulso, cujos principais elementos estariam baseados em oferecer uma abordagem horizontal e equilibrada, orientada para a neutralidade tecnológica⁷. Por sua vez, antes de qualquer iniciativa regulatória, seria proposto que tanto uma avaliação de impacto quanto estudos prévios realizados por especialistas fossem realizados para justificar uma intervenção regulatória nesta área. Uma ação que, de qualquer forma, deve visar gerar um alto nível

⁵ Sobre as razões desta intervenção, PALMERINI, E., "Towards a Robotics law at the EU level?", in *L'intelligence artificielle et le droit*, (Cords. JACQUEMIN, H. and DE STREEL, A.), Bruxelas, Larcier, 2017, pp. 47-70, pp. 49-50.

⁶ Tal y como se destaca en la Comunicación da Comissão "Inteligência artificial para a Europa" de 2018 (COM (2018) 237 final).

⁷ Sobre as abordagens regulamentares disponíveis para a UE e as conseqüências da abordagem "horizontal", PALMERINI, E., *op. cit.* pp. 59-70, em particular pp. 61-63.

de confiança - no sentido de oferecer um nível adequado de segurança jurídica, a fim de promover o investimento e a inovação tecnológica em IA -, bem como ser centrada no ser humano. Nesta linha, as instituições europeias destacam a grande importância que o componente ético deve ter, assim como o respeito aos Direitos Humanos; estar orientado, consequentemente, para proteger as pessoas e promover o bem comum.

Assim, deve-se chamar a atenção para os requisitos que devem ser entendidos como essenciais em relação à futura regulamentação e gestão legal da IA, conforme destacado pelo *Grupo de Especialistas de Alto Nível em Inteligência Artificial* da UE⁸, e que posteriormente foram plenamente aceitos e assumidos pelas instituições europeias, como pode ser visto na Comunicação “Aumentar a confiança na inteligência artificial centrada no ser humano”⁹. Tais como: 1) Intervenção e supervisão humana; 2) Robustez técnica e segurança; 3) Privacidade e gerenciamento de dados; 4) Transparência; 5) Diversidade, não discriminação e equidade; 6) Bem-estar social e ambiental; 7) Prestação de contas.

Em relação às diversas iniciativas regulamentares que foram desenvolvidas pelos diferentes organismos europeus no campo da AI, é necessário mencionar - antes de passar às especificamente ligadas à PI - aquelas que se referiram a aspectos mais gerais, à dimensão ética ou mesmo ao direito privado - principalmente aos casos de responsabilidade civil. E isto se deve ao fato de que a orientação oferecida por estas iniciativas enquadra e necessariamente afeta da mesma forma o campo setorial dos Direitos de Propriedade Intelectual (DPI).

A) Em geral

Em uma nota mais geral, com relação aos documentos produzidos pelas instituições da UE até o momento, a atenção dada pelas diversas instituições deve ser destacada.

⁸ Os documentos e relatórios produzidos pelo Grupo estão disponíveis em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>.

⁹ COM (2019) 168 final.

a) De uma perspectiva temporal, destacam os produzidos pela Comissão da UE. Assim, cabe iniciar esta relação com a pioneira, e já citada, Comunicação da Comissão “Inteligência artificial para a Europa” de 2018, seguida da Comunicação **“Plano Coordenado para a Inteligência Artificial”** desse mesmo ano¹⁰. Já em 2019, há que se fazer mencionar a Comunicação “Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano”¹¹. Junto a ela, no ano de 2020 vieram a luz outros significativos documentos elaborados igualmente pela Comissão. Neste sentido, junto ao “Livro Branco sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança”¹², há que subtrair distintas Comunicações diretamente relacionadas com a Inteligencia Artificial e de onde se aborda esta materia como: “Uma estratégia europeia para os dados”¹³; “Construir o futuro digital da Europa”¹⁴, ou “Uma nova estratégia industrial para a Europa”¹⁵.

b) O Parlamento Europeu, embora mais tarde, também demonstrou um interesse excepcional pelo assunto, enfrentando as questões que, em geral, se referem à importância da Inteligência Artificial e sua regulamentação. Para começar, em 2019 emitiu um Relatório sobre uma política industrial europeia completa no domínio da inteligência artificial e da robótica¹⁶. Isto foi seguido, mais recentemente e já em 2020, por suas resoluções sobre processos automatizados de tomada de decisão: assegurar a proteção do consumidor e a livre circulação de bens e serviços e sobre uma nova estratégia industrial para a Europa¹⁷.

c) Finalmente, esta lista de documentos institucionais com um objetivo mais geral elaborada até o presente termina com as Conclusões do Conselho sobre a construção do futuro digital da Europa em 2020¹⁸. Em-

¹⁰ COM (2018) 795 final.

¹¹ COM (2019) 168 final.

¹² COM(2020) 65 final.

¹³ COM(2020) 66 final.

¹⁴ COM(2020) 67 final.

¹⁵ COM(2020) 102 final.

¹⁶ P8_TA(2019)0081.

¹⁷ Respectivamente P9_TA (2020) 0032 e P9_TA-PROV (2020) 0321.

¹⁸ JO n° 202 de 16.6.2020.

bora, em outra ordem de ideias, devemos também dar um relato, a fim de oferecer o quadro mais completo possível do estado da questão, dos vários relatórios produzidos pelo Grupo de Especialistas de Alto Nível em Inteligência Artificial, tais como: “Uma definição de IA: Principais capacidades e disciplinas científicas” e “Recomendações de políticas e investimentos para uma IA confiável”, ambos de 2019¹⁹.

B) Aspectos éticos

Também vale a pena mencionar os documentos preparados a partir da perspectiva significativa da dimensão ética da Inteligência Artificial. Isto está ligado aos objetivos acima mencionados e condiciona fortemente as diferentes iniciativas originárias da UE, que devem cumprir com os princípios acima mencionados. Não em vão, a dimensão ética da IA constitui um verdadeiro lugar comum em qualquer abordagem regulatória deste assunto, ocupando um papel central na concepção regulatória, tendo proliferado as propostas de princípios éticos ligados à IA²⁰.

Contudo, menos numerosos y atendendo a sequência temporal, cabe citar como documentos principais neste setor, tanto o Informe do Grupo de Especialistas de Alto Nível sobre inteligência Artificial “Orientações éticas para uma IA de confiança” de 2019 ²¹; como também a Resolução do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas de 2020 ²².

¹⁹ Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>.

²⁰ Uma análise das principais propostas em: FJELD, J., ACHTEN, N., HILOGOSS, H., NAGY, A.C., SRIKUMAR, M., “Principled Artificial Intelligence” (Inteligência Artificial Pricipada): Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for IA”, **Research Publication No 2020-1**, Berkman Klein Center for Internet & Society na Universidade de Harvard. Sobre a importância desta dimensão, em relação com a PI, SCHAFFER, B., KOMUVES, D., NIEBLA ZATARIN, DIVER, L., “A fourth law of robotics? Copyright e a lei e a ética da co-produção de máquinas”, **Artif. Intell. Law**, n. 23, 2015, pp. 217-240.

²¹ Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>.

²² P9_TA (2020) 0275.

C) *Direito privado*

Dentro desta rápida revisão dos documentos produzidos pelos órgãos europeus relacionados à futura regulamentação da IA, e antes de passar às iniciativas diretamente relacionadas à Propriedade Intelectual - mas também com um impacto direto sobre este assunto - vale a pena referir-se àqueles publicados em resposta ao que as autoridades europeias categorizam como “Direito Civil”, fundamentalmente relacionados aos casos de responsabilidade civil que podem surgir devido aos efeitos da IA. Um setor que é totalmente dominado -de uma dimensão institucional- pelo trabalho desenvolvido dentro do PE; sendo, de fato, uma das primeiras áreas onde esta instituição fixou seu interesse -despertado pelas implicações de, entre outras, os danos que poderiam ser causados por veículos autônomos-.

Ainda quanto a dimensão cronológica, cabe mencionar o Relatório do Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica de 2016 ²³. Ao qual seguiu sua Resolução, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica de 2017 ²⁴. Por último, já em 2020, destacasse a recente Resolução do Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas ²⁵Por último, não se pode deixar de citar que neste âmbito ainda o “Relatório sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica” da Comissão de 2020 ²⁶.

²³ P8_TA (2017) 0051.

²⁴ OJ C 252, 18.7.2018.

²⁵ P9_TA (2020) 0276.

²⁶ COM(2020) 64 final.

II ESTADO DA ARTE E PERSPECTIVAS FUTURAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROPRIEDADE INTELLECTUAL NA UE.

Após esta visão panorâmica da atenção plural que os órgãos europeus têm dado à regulamentação da PI, é hora de abordar as iniciativas que, das instituições da UE, foram expressas com relação ao impacto significativo que a Inteligência Artificial tem sobre a regulamentação da PI. Esta é uma área onde, devido a suas evidentes repercussões globais - e além das diferentes experiências estatais existentes sob uma perspectiva comparativa²⁷ - as instituições europeias atuam em coordenação com organizações internacionais como a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)²⁸.

A este respeito, dois pontos devem ser esclarecidos de antemão. Por um lado, o conceito que será usado neste estudo de PI é usado em seu sentido mais amplo ou *lato sensu*; portanto, apesar de suas diferenças - que serão destacadas quando apropriado - incluirá para estes fins tanto direitos autorais e direitos conexos, como também direitos de ²⁹. Isto é, no mesmo sentido amplo que esta categoria é entendida pelo legislador internacional e, em nosso caso, também pelas instituições da UE³⁰. Por outro lado, que qualquer análise da relação entre PI e IA deve partir da

²⁷ Vid. CRUQUENAIRE, A., DELFORGE, A., HUBIN, J.-B., KNOCKAERT, M., MICHAUX, B., TOMBAL, T., «Droit d'auteur et ouvrages générés par machine», en la obra **L'intelligence artificielle et le droit**, *op.cit.* pp. 199-213.

²⁸ Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op.cit.* Com relação ao trabalho desenvolvido pela OMPI sobre a relação entre PI e IA, a Conversa da OMPI sobre Propriedade Intelectual (PI) e Inteligência Artificial (informações sobre as diferentes sessões estão disponíveis em: https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=51767), e seus estudos publicados em 2015, **Breakthrough technologies - Robotics, innovation and intellectual Property** (disponível em: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4001&plang=EN>) e em 2019, **WIPO Technology Trends 2019 - Artificial Intelligence** (disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1055.pdf).

²⁹ Ou seja, a distinção tradicional entre propriedade intelectual e industrial, que é mantida por sistemas legais como o espanhol e é bem conhecida no nível internacional.

³⁰ Como pode ser visto observando os vários tipos de direitos que ela administra e trata no contexto de suas políticas: https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/intellectual-property_en.

compreensão dos aspectos técnicos desta tecnologia, a fim de perceber seu impacto sobre a matéria de PI³¹.

1 A escassa e recente atenção das instituições da UE à relação significativa entre Inteligência Artificial e Propriedade Intelectual.

Se a atenção dada pelas instituições europeias às implicações legais da IA se caracteriza por sua limitação e seu recente aparecimento, ela tem sido ainda mais em termos de PI, em contraste com seu óbvio papel estratégico para o desenvolvimento desta tecnologia³². Assim, o tratamento deste setor tem sido pontual e sem resultados relevantes até o momento. Entretanto, devido à sua importância, tem havido um interesse crescente neste setor, que se manifesta tanto na perspectiva da força motriz por trás da promoção destas tecnologias quanto da tendência natural para a harmonização no campo da PI dentro da UE.

a) Quanto à segunda e mais geral abordagem relacionada aos DPI, vale mencionar os documentos preparados pela Comissão onde, com um interesse horizontal em PI, as mudanças tecnológicas são levadas em conta e as implicações da AI na gestão legal dos DPI são mencionadas. A este respeito, além da Comunicação “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa” (2015) A³³ comunicação de 2015 “Construindo o futuro digital da Europa”³⁴ e “Rumo a uma estrutura moderna e mais europeia de direitos autorais”³⁵, bem como a mais recente comunicação de 2020 “Realizando todo o potencial de inovação da UE: um plano de ação de PI para apoiar a recuperação e a resiliência da UE”³⁶.

³¹ A respeito, DREXL, J., HILTY, R. M., BENEKE, F., DESAUNETTES, L., FINCK, M., GLOB-OCNIK, J., “Technical Aspects of Artificial Intelligence” (Aspectos técnicos da inteligência artificial): An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective”, **Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper**, n. 19-13, 2019.

³² Também, IHALAINEN, J., *op. cit.*, p. 727.

³³ COM (2015) 192 final.

³⁴ COM(2020) 67 final.

³⁵ COM (2015) 626 final.

³⁶ COM(2020) 760 final.

b) Desde a primeira dimensão especialmente ligada à AI, encontramos uma primeira referência a esta questão na Resolução acima mencionada, que contém recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica de 2017, ao enfrentar a questão dos direitos de propriedade intelectual e do fluxo de dados - uma relação que será uma constante nesta temática - onde se pede à Comissão que adote uma abordagem neutra e tecnologicamente neutra³⁷. Seguiu-se seu Relatório sobre os direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial de 2020³⁸, que precedeu sua significativa Resolução de mesmo nome, de 20.10.2020 - já citada e à qual será feita referência, em algum detalhe, abaixo. Também deve ser chamada a atenção para o estudo abrangente publicado em novembro de 2020, a pedido da Comissão, *Tendências e Desenvolvimentos em Inteligência Artificial em Inteligência Artificial. Direitos de Propriedade Intelectual*³⁹.

Esta atenção demonstrada pelos órgãos legislativos, responde ao fato de que a IA já é uma realidade no campo da PI; exigindo, portanto, uma ação regulatória que ordene e promova seu uso, pois tem uma implicação singularmente significativa nesta área. Neste sentido e para começar, não devemos perder de vista que a IA gera tanto grandes oportunidades para a sociedade e economia da UE, em termos de colaboração e aumento dos direitos de propriedade intelectual (DPI) e do próprio patrimônio cultural; quanto desafios importantes (principalmente quando se trata de uma IA “forte”), pois implica uma mudança de paradigma em áreas como a propriedade da mesma, passando, em alguns casos, do foco nos autores e inventores, para o foco no que serão nestes casos as obras protegidas por direitos autorais ou invenções que são patenteáveis⁴⁰.

³⁷ *Op.cit.* p. 9 (ponto 18).

³⁸ A9-0176/2020.

³⁹ Editado por ALLAN, E.M. (Luxemburgo, Escritório de Publicações da União Europeia, 2020), e preparado pelo **Instituto Conjunto de Política de Inovação (JIIP)** e pelo **IViR** da Universidade de Amsterdã.

⁴⁰ Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op.cit.* Considerando C. Vid. CUBERT, J.A., BONE, R.G.A., “The law of intellectual property created by artificial intelligence”, en la obra **Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence**,

Assim, não há dúvida de que estamos atualmente diante de um cenário tecnológico no qual a IA está por trás da criação de inúmeros produtos protegidos por DPI; sendo já uma realidade (que pode até passar despercebida) - por exemplo, em relação a obras artísticas ou literárias, patentes de invenção, marcas ou mesmo desenhos - que requerem um sistema de PI eficaz e adaptado a esta realidade que permita à UE manter um papel de liderança no campo⁴¹.

a) No que diz respeito aos direitos autorais, a doutrina tem, paradigmaticamente, destacado as implicações e desafios legais da IA neste campo⁴². Isto se aplica a obras como música, pintura ou fotografia, poemas ou romances, e até mesmo traduções. Um campo onde as iniciativas para a criação de obras por AI *on demand* estão se multiplicando, como as oferecidas pelos conhecidos exemplos de *The Next Rembrandt*⁴³, *The Painting Fool*⁴⁴, *Deep Dream*⁴⁵ ou *Aiva*⁴⁶.

b) No campo da propriedade industrial, os Escritórios de Patentes e Marcas já estão familiarizados com os problemas levantados pela IA. Isto não só porque eles já são confrontados diariamente com o registro de direitos gerados de forma autônoma a partir de algoritmos (às vezes inadvertidamente) e que levantam múltiplas questões legais que precisam ser tratadas; mas também porque eles já estão usando as ferramentas oferecidas pela AI para garantir uma gestão transparente, eficiente e confiável dos DPIs⁴⁷. Quanto à primeira dimensão, notou-se como as tecnologias

(Eds. BARFIELD, W. y PAGALLO, U.), Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 411-427, p. 415.

⁴¹ Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op.cit.*, Considerando E y numeral 6.

⁴² Entre outros, RAMALHO, A., “Será que os robôs governarão o mundo (artístico)? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems”, **Journal of Internet Law**, vol. 21, n. 1, 2017, pp. 11-25; SAIZ GARCÍA, C., “Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor”, **InDret** 1/2019, pp. 1-45.

⁴³ Em: <https://www.nextrembrandt.com/>.

⁴⁴ Em: <http://www.thepaintingfool.com/>.

⁴⁵ Em: <https://deepdreamgenerator.com/>.

⁴⁶ Em: <https://www.aiva.ai/>.

⁴⁷ “AI e IP: a visão de cima”, **Managing IP**, Julio-Agosto 2019, pp. 11-15.

relacionadas ao 4RI estão tendo um impacto notável no campo de setores como as patentes⁴⁸; destacando-se o exemplo do *Escritório Europeu de Patentes* (EPO), e a modificação (em 2019) de suas *Diretrizes de Exame*, onde uma nova Parte G 3.3.1 foi incorporada, em relação aos critérios de patenteabilidade dos métodos matemáticos sob a seção “IA e aprendizagem de máquinas (algoritmos de aprendizagem)”⁴⁹.

Da segunda perspectiva, destaca-se a incorporação de ferramentas de IA na atividade diária destes Escritórios. É o caso, por exemplo, do EPO ou do *Escritório de Propriedade Intelectual da União Européia* (EUIPO). E isto, geralmente com supervisão humana, para realizar tarefas como, entre outras, validação de dados, realização de pesquisas - relacionadas à exigência de originalidade, ou análise do estado da arte -, reconhecimento de imagem, processamento de linguagem natural, multilinguismo e tradução, bem como o uso de ferramentas para o controle, exame e classificação das informações recebidas⁵⁰.

2 Objetivos e principais chaves da ação regulatória da UE sobre o impacto da Inteligência Artificial sobre a Propriedade Intelectual.

Ainda estamos em uma fase inicial no desenvolvimento da ação legislativa que a UE é chamada a implantar com relação às implicações da IA na gestão dos DPIs. Portanto, nesta fase, qualquer análise nesta área só pode ser provisória. Entretanto, a fim de evitar uma apresentação muito

⁴⁸ Vid. EPO (2020), Patentes e a Quarta Revolução Industrial: As tendências tecnológicas globais possibilitando a economia baseada em dados (acessível em: <https://www.epo.org/about-us/services-and-activities/chief-economist/studies.html>). Neste sentido, a Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op. cit.*, Considerando I.

⁴⁹ Disponível em: <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html>. Favor observar as decisões de 27.1.2020 sobre os pedidos (rejeitados) EP 18 275 163 e EP 18 275 174 (disponíveis em: <https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200128.html>) e de 12.5.2020 (ECLI:EP:BA:2020:T016118.20200512).

⁵⁰ BONADIO, E., MCDONAGH, L., ARVIDSSON, E., *op.cit.* Sobre a experiência na EUIPO, em particular: <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/en/searching-for-images-in-esearch-plus>.

distante da realidade, os objetivos e pontos chave que emergem dos diversos documentos produzidos - principalmente pelo PE - até o momento podem ser levados em consideração.

a) Com relação aos objetivos perseguidos em termos de PI, as instituições da UE estariam interessadas em promover um sistema eficaz para a gestão jurídica das relações geradas pela era digital - impulsionada pelo surgimento da AI - que, entre outros propósitos, garantiria aos atores um nível adequado de confiança, segurança jurídica e confiabilidade - em termos de rastreabilidade - com base no qual a atração de investimentos neste setor tecnológico seria favorecida e novos “produtos” para o mercado seriam desenvolvidos. Portanto, qualquer intervenção regulatória em nível europeu teria que ser orientada para garantir um alto nível de proteção dos DPIs que, por sua vez, supera a fragmentação territorial e elimina aquelas barreiras legais que são desnecessárias - ou seja, que bloqueiam o potencial da IA neste campo - para favorecer a geração de conteúdo no desenvolvimento do qual a IA interveio⁵¹. Uma intervenção regulatória que, da mesma forma, busca um certo equilíbrio entre o interesse empresarial -entre os quais a inovação, a criatividade e a competitividade internacional - e o interesse público - como, entre outros, a educação ou a pesquisa⁵².

Esta intervenção regulamentar, a fim de cumprir com os princípios éticos acima mencionados, deve necessariamente ser centrada no ser humano. Algo que se referiria, entre outros elementos, tanto à possibilidade de revisão humana nos procedimentos referidos acima - como os realizados pelos Escritórios de PI - como, sobretudo, à importância de salvaguardar os interesses e direitos dos criadores humanos. A este respeito, e tendo chegado a este ponto em relação à possível intervenção da IA - juntamente com a intervenção humana -, as regulamentações a serem desenvolvidas na UE teriam que lidar de forma autônoma ou diferenciada com os processos inventivos e criativos por meio da IA, com

⁵¹ Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op.cit.*, Considerando F.

⁵² IHALAINEN, J., “Computer creativity: artificial intelligence and copyright”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, vol. 13, n. 9, 2018, pp. 724-728, p. 728.

o objetivo de oferecer um tratamento diferenciado entre as criações humanas que são desenvolvidas com a ajuda da IA - isto é, usadas como mera ferramenta - e as criações geradas diretamente pela IA e com total autonomia; dependendo, conseqüentemente, do maior ou menor grau de intervenção humana e autonomia com que a IA agiu no processo criativo ou inventivo⁵³.

b) Em relação às chaves que irão condicionar esta ação normativa - como é observado atualmente -, é necessário levar em consideração, para começar, o quadro legal europeu existente sobre DPI e sua aplicabilidade a este campo⁵⁴. E isto, não apenas com o objetivo de verificar sua possível aplicabilidade a este assunto, mas também com o objetivo de considerar sua adaptação e determinar os aspectos que requerem atenção especial devido a sua novidade ou particularidade. Tendo determinado a utilidade, assim como a possível acomodação e complementaridade dos regulamentos existentes, entre os elementos destacados pelo Parlamento Europeu (PE) estão, por um lado, a conveniência de uma abordagem horizontal baseada na neutralidade tecnológica⁵⁵.

Isto deve ser realizado por meio de uma abordagem abrangente. Ou seja, além de se referir a certas questões técnicas -como a gestão dos DPIs pelos Escritórios de PI- ou a implementação de certas políticas públicas -financeiras, de treinamento ou que promovam a colaboração público-privada-, também deve se referir ao marco regulatório atual e às particularidades que afetam os diferentes DPIs e as áreas próximas que os condicionam⁵⁶. Ou seja, tanto a regulamentação dos aspectos específicos que afetam tais direitos - ou seja, patentes, marcas, design, direitos autorais e direitos conexos (bancos de dados e programas de computador) ou segredos comerciais -, como também aqueles setores com impacto direto

⁵³ BONADIO, E., MCDONAGH, L., ARVIDSSON, E., *op.cit.* p. 665; IHALAINEN, J., *op.cit.* pp. 725-726; RAMALHO, A., *op. cit.*, pp. 725-726; RAMALHO, A., *op. cit.*, pp. 725-726 pp. 12-13.

⁵⁴ Uma exposição analítica desta questão pode ser encontrada no estudo, **Trends and Developments...**, *op.cit.* pp. 68-115.

⁵⁵ Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op.cit.* , numeral 9.

⁵⁶ *Ibid.* parágrafos 6 e 10.

em sua gestão legal - ou seja, proteção de dados, antitruste e concorrência desleal, contratação (particularmente, devido a sua importância em alguns setores, o licenciamento de Normas Essenciais de Patentes sob condições FRAND), bem como o cumprimento e regras de infração -. Para isso, seria necessário realizar a avaliação de impacto apropriada, bem como que qualquer iniciativa fosse igualmente precedida por estudos anteriores, onde a interação entre a AI e os DPIs seria analisada.

Quanto à seleção do instrumento jurídico mais apropriado para realizar esta intervenção, o PE, por sua vez, aconselha o recurso ao Regulamento (com o uso do art. 118 TFEU, como base jurídica), devido à necessidade de se obter a máxima uniformidade e evitar a fragmentação territorial nesta área⁵⁷. Uma opção que, como é bem conhecido, só é usada ocasionalmente e de modo geral para a criação de DPIs de natureza uniforme e âmbito europeu, embora este não seja o objetivo que orienta o legislador europeu neste caso. Por último, mas não menos importante, a conveniência de realizar este esforço regulador em conjunto com a comunidade internacional já foi destacada, como pode ser visto no envolvimento da UE no processo de consulta promovido pela OMPI, como mencionado acima. Esta interação se justifica não apenas pelas repercussões globais da IA, mas também está diretamente relacionada ao dever ético da UE em relação ao desenvolvimento e à cooperação internacional para estabelecer uma estrutura global adequada para os desafios colocados por estas tecnologias⁵⁸.

III ABORDAGEM SETORIAL PARA OS OBJETIVOS QUE INFORMAM A AÇÃO REGULATÓRIA PLANEJADA PELA UE NESTE CAMPO.

Tendo estabelecido os objetivos e as chaves essenciais para o enquadramento de possíveis ações regulatórias na UE com relação à relação entre AI e PI, os principais elementos que poderiam informar a regula-

⁵⁷ Ibid. Consideração F e numeral 3.

⁵⁸ Neste sentido, a comunicação da Comissão acima mencionada, "Realizar o potencial inovador da UE...", *op.cit.*, *op.cit.* pp. 16-17.

mentação de áreas específicas de PI podem ser extraídos da documentação publicada, independentemente das várias propostas doutrinárias que foram apresentadas nos últimos anos. Neste sentido, e abaixo, serão apresentados alguns dos elementos essenciais que poderiam orientar uma possível regulamentação europeia neste campo. Para este fim, será feita uma abordagem impressionista, sem qualquer intenção de exaustividade, diferenciando entre a abordagem que as instituições da UE estão fazendo às questões que, no âmbito da AI, PI no *sentido estrito* - isto é, direitos autorais e direitos conexos - e aos problemas colocados pelos direitos de propriedade industrial; oferecendo. Entretanto, apesar de sua importância, não será feita nenhuma menção (mais do que pontual) a outros setores que também enquadrarão sua regulamentação, tais como, fundamentalmente, a lei de defesa da concorrência e da concorrência desleal, o direito contratual ou as regras de conformidade e infrações.

Em qualquer caso, embora não seja possível lidar com isso aqui, não devemos perder de vista o fato de que o desenvolvimento da IA se baseia fundamentalmente - juntamente com o algoritmo e o *hardware* que permitem seu funcionamento - no uso de informações e dados (Big Data) -mais não pessoais- que poderiam ser gerados a partir de dispositivos que incluem a tecnologia IoT⁵⁹; afetando diretamente em seu desenvolvimento a regulamentação deste último setor, bem como suas relações com a PI na UE⁶⁰. A este respeito, não devemos perder de vista o fato de que a IA requer interoperabilidade e a natureza aberta de grandes volumes de dados para seu processamento, o que está ligado à atividade de *mineração de dados*. Portanto, nesta área, o legislador europeu tem um claro interesse em promover o intercâmbio de dados estruturados dentro da UE a fim de estimular a inovação no campo da IA. Além das questões de propriedade, isto afeta a

⁵⁹ VILLAROYA SANCHIS, R., “La convergencia de IoT, Big Data e Inteligencia Artificial: nuevos retos jurídicos y sociales y posibles respuestas”, em **Era Digital, Sociedad y Derecho** (Dir. FUENTES SORIANO, O.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 219-229, pp. 220-222; WACHOWICZ, M. e GONÇALVES, L.R., **Inteligencia Artificial e Criatividade. Novos Conceitos na Propriedade Intelectual**, Curitiba, GEDAI, 2019, pp. 52-67.

⁶⁰ Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op.cit.* Considerando K y numerales 16 a 19. Vid. MISHCHENKO, L., “A Internet das Coisas: onde a privacidade e os direitos autorais colidem”, **Santa Clara High Tech. L.J.**, vol. 33, 2016, pp. 90-115.

regulamentação de limitações e exceções de uso por meio de direitos autorais. Nesta linha, além da lei de PI⁶¹ e do respeito aos direitos fundamentais, deve-se mencionar a importância dos instrumentos relacionados à proteção de dados que foram desenvolvidos nos últimos anos⁶².

1 Direitos autorais e direitos conexos.

A AI abre grandes possibilidades no campo dos direitos autorais e direitos conexos, mas há também uma série de desafios que ela cria em relação aos direitos autorais e direitos conexos. Quanto às oportunidades criadas pela IA neste campo, deve-se notar - como foi destacado acima - que esta tecnologia é propícia à criação e valorização do patrimônio cultural, bem como ao acesso melhor e imparcial ao conteúdo cultural - em diferentes formatos e em diferentes idiomas - alinhando-se assim com os objetivos da própria UE. Entretanto, como também foi corretamente sublinhado, entre os principais desafios que, do ponto de vista jurídico, a irrupção da IA no campo dos direitos autorais e direitos conexos levanta, há, além da questão central de determinar a autoria e propriedade das obras geradas por algoritmos, outras questões transcendentais como, entre outras, as condições de sua proteção, os limites e os usos que são permitidos⁶³. Estes são elementos que sem dúvida devem ser levados em consideração quando se trata de

⁶¹ Directiva 96/9/CE, relativa à protecção jurídica das bases de dados (*OJ L 77, 27.3.1996*); Directiva 2009/24, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (*OJ L 111, 5.5.2009*); Directiva (UE) 2016/943, relativa à protecção de know-how e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais (*OJ L 157, 15.6.2016*); Directiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (*OJ L 130, 17.5.2019*).

⁶² Así, junto al marco que para los datos personales implica el Reglamento (UE) 2016/679, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (GDPR) (*OJ L 119, 4.5.2016*), cabe hacer mención de la Directiva (UE) 2019/1024, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público (*OJ L 172, 26.6.2019*), así como al Reglamento (UE) 2018/1807, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia (*OJ L 303, 28.11.2018*) y al Reglamento (UE) 2019/1150, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha (*OJ L 186, 11.7.2019*).

⁶³ GINSBURG, J.C., "People Not Machines": Authorship and What It Means in the Internet Convention", *IIC*, n. 49, 2018, pp. 131-135.

qualquer ação regulatória neste campo, com base na flexibilidade oferecida pela estrutura existente da UE⁶⁴.

Por um lado, deve-se notar que o desenvolvimento da IA se baseia em dois pilares que estão diretamente relacionados aos direitos autorais. Isto é, na criação de programas e algoritmos de computador e, junto com isto, no uso de dados pelos mesmos. Extremos que, como é bem conhecido, são protegidos por direitos autorais *sui generis* harmonizados da UE, que afetam programas de computador e bancos de dados. Portanto, seria necessário rever previamente a possível aplicabilidade destes instrumentos harmonizados à proteção dos DPIs em que esta tecnologia se baseia, bem como sua possível adaptação a ações cruciais para o desenvolvimento da IA, tais como a proteção de algoritmos ou a mineração de dados.

Uma questão crucial relativa à proteção das obras geradas por meio da IA está ligada, como já destacado, ao estabelecimento da autoria e propriedade de tais obras, como as autoridades da UE sublinharam - destacando a mais recente Resolução do PE sobre este assunto - em consonância com as propostas de um setor proeminente da doutrina⁶⁵. Como ponto de partida, a distinção entre os casos em que o algoritmo foi o criador do trabalho e aqueles em que o algoritmo é usado como mera ferramenta para sua geração é decisiva - o que torna necessário diferenciar de acordo com o grau de intervenção -. Neste momento, somente nas situações em que a IA fosse a criadora se levantaria a questão de sua autoria, sendo plenamente aplicável a estrutura normativa existente nos demais casos; casos em que a discussão se concentraria na conveniência de dotar ou não a IA de⁶⁶personalidade jurídica.

A opinião defendida pela doutrina (e apoiada pelo PE), partiria da consideração de que, em princípio, não seria apropriado dar personalidade jurídica à IA; considerando assim que não poderia ser considerada como um autor nem como titular do DPI derivado dela, devido ao impacto negativo que uma resposta contrária teria para os criadores humanos, bem

⁶⁴ Assim no estudo, **Trends and Developments...**, *op.cit.*, p. 118.

⁶⁵ Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op.cit.*, numerais 13 a 15.

⁶⁶ GARAU SOBRINO, F., "El Derecho Internacional privado que viene: el futuro ya está aquí", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 303-332, p. 328.

como o fato de que poderia chocar frontalmente com o princípio de originalidade que deve caracterizar a obra protegível⁶⁷. Uma abordagem que, em qualquer caso, teria que começar a partir do exame não só do processo, mas principalmente do resultado criativo⁶⁸. E isto (como é reconhecido de uma perspectiva comparativa em vários Estados-Membros da UE, como acontece na Espanha), com o objetivo de atribuir o DPI aos criadores - tanto pessoas físicas como jurídicas, a partir do assunto que edita e torna pública a obra de forma lícita -, assim como ao executor⁶⁹. Para isso, em relação aos casos de intervenção da AI, seria necessário levar em consideração a identificação de quem teria atuado como projetista da tecnologia - algo que estaria ligado à melhoria do sistema de licenciamento do DPI-.

Entretanto, independentemente da abordagem adotada sobre a questão da autoria e propriedade da obra, o impacto desta tecnologia tornaria necessário examinar a forma pela qual os DPIs gerados por uma IA devem necessariamente ser protegidos. E isto, dado que a falta de clareza regulatória nesta área, ou a mera consideração de tais obras como domínio público, poderia colocar o setor cultural e criativo em uma situação particularmente vulnerável⁷⁰. Para superar este impasse - e em vista da futura posição a ser tomada pelas instituições da UE - a doutrina propôs várias opções que vão desde considerar o resultado criativo do algoritmo autônomo como uma obra coletiva, até a criação de um novo DPI *sui generis* neste campo, mantendo-o no domínio público (incluindo um direito de distribuição), até considerar que o resultado criativo daria origem ao estabelecimento de direitos de mera remuneração⁷¹, com a opção de entender o conceito de autor à AI aparentemente já abandonada.

⁶⁷ GINSBURG, J.C., *op.cit.* pp. 131-135; RAMALHO, A., *op.cit.* p. 18; SAIZ GARCÍA, C., *op.cit.*, p. 18; SAIZ GARCÍA, C., *op.cit.*, p. 18. pp. 12-15; WACHOWICZ, M. e GONÇALVES, L.R., *op.cit.*, pp. 12-15. , p. 83.

⁶⁸ Vid. STJUE, de 16.7.2009, no Processo C-5/08, *Infopaq International* (ECLI:EU:C:2009:465); ou o ATJUE, de 7.3.2013, no Processo C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH e outros* (ECLI:EU:C:2011:798).

⁶⁹ BONADIO, E., MCDONAGH, L., ARVIDSSON, E., *op.cit.* , p. 668.

⁷⁰ Vid. BONADIO, E., MCDONAGH, L., ARVIDSSON, E., *op.cit.* p. 671; IHALAINEN, J., *op.cit.* p. 728. RAMALHO, A., *op.cit.*, p. 728. pp. 20-22.

⁷¹ CRUQUENAIRE, A., DELFORGE, A., HUBIN, J.-B., KNOCKAERT, M., MICHAUX, B., TOMBAL, T., *op.cit.*, pp. 231-233; IHALAINEN, J., *op.cit.* p. 728; RAMALHO, A., *op.cit.*,

2 Propriedade Industrial.

O impacto da IA é igualmente significativo. Neste sentido, seu uso em suas atividades de gestão pelos Escritórios de Propriedade Intelectual em sua atividade diária - como a EUIPO e a EPO - já foi previamente destacado, bem como o desafio que a IA implica em relação a setores como patentes ou segredos industriais, bem como marcas ou desenhos⁷². Deve ser feita uma distinção entre os DPIs necessários para o desenvolvimento de tecnologias de IA (*Core AI technologies*), e aqueles sobre trabalhos gerados (ou assistidos) de forma autônoma pela IA e que poderiam estar sujeitos a registro em tais Escritórios.

No que diz respeito ao campo das patentes - a título de exemplo - o PE teria chamado a atenção para várias questões que deveriam ser levadas em consideração ao empreender uma regulamentação deste campo após o impacto da IA, levando em conta a legislação já existente⁷³. E isto, em relação a questões como, não apenas a possibilidade de considerar patenteáveis - quando os critérios necessários forem atendidos - os métodos matemáticos subjacentes aos algoritmos que permitem estas tecnologias - como mencionado em relação à revisão de 2019 das “Diretrizes de Exame” do EPO -⁷⁴, mas também em relação a uma variedade de desafios relacionados ao regime de DPI decorrentes de patentes geradas por um algoritmo de forma autônoma, como por exemplo sua propriedade (nos casos de atividade inventiva autônoma)⁷⁵, sua descrição suficiente

p. 728. pp. 16-20; SAIZ GARCÍA, C., *op. cit.*, pp. 16-20; SAIZ GARCÍA, C., *op. cit.*, pp. 16-20. pp. 25-39.

⁷² CUBERT, J.A., BONE, R.G.A., *op.cit.* pp. 416-423 e 426-426.

⁷³ Resolução do Parlamento Europeu, de 20.10.2020, *op.cit.*, numerais 11 y 12. Vid. No estudo, **Trends and Developments...**, *op.cit.*, p. 120.

⁷⁴ A este respeito, deve-se lembrar que, em princípio e como explicado acima, os modelos e algoritmos nos quais a IA se baseia são métodos matemáticos e não são patenteáveis, a menos que sirvam para produzir um efeito técnico adicional sobre as invenções.

⁷⁵ Sobre esta questão, BONADIO, E., MCDONAGH, L., ARVIDSSON, E., *op.cit.* pp. 672 e 675; VERTINSKY, L., “Thinking machines and patent law”, in **Research handbook...**, *op.cit.* pp. 489-510, pp. 494-505. Neste sentido, levar em conta as decisões EPO acima mencionadas: EP 18 275 163 e EP 18 275 174. Recentemente, sugerindo que a propriedade recai sobre a empresa que opera ou é proprietária da IA, ENGEL, A., “Can

- contra o risco de engenharia reversa -⁷⁶, a remuneração adequada ou o regime de infração; assim como, de outras perspectivas, o efeito de concentração de mercado que poderia ter ou as peculiaridades de seu possível licenciamento⁷⁷.

IV À GUIZA DE CONCLUSÃO.

O surgimento da IA trouxe consigo um interesse crescente por parte da UE em seus aspectos regulatórios; a relação que mantém com os DPI é um aspecto central para o desenvolvimento e exploração de seus benefícios potenciais no continente europeu, bem como para garantir sua soberania digital e alcançar uma posição de liderança em escala global. Assim, o interesse institucional na inter-relação entre IA e PI já é uma realidade na Europa, com múltiplas manifestações que afetam aspectos como: infraestrutura, gestão e proteção dos DPIs gerados de forma autônoma ou nos quais intervém um algoritmo. Neste sentido, embora ainda timidamente, os órgãos europeus responsáveis por sua gestão, bem como as instituições da UE com responsabilidade regulatória, começaram a se interessar por este binômio e a propor abordagens para sua gestão legal, a fim de aproveitar seus benefícios e minimizar os riscos envolvidos.

Ainda estamos longe de ter uma regulamentação europeia uniforme das diferentes questões levantadas pela relação entre IA e PI, mas já temos a experiência e elementos suficientes - documentais e analíticos - para empreender uma regulamentação europeia desta realidade, incluindo os aspectos relacionados à infraestrutura, gestão e a estrutura ética que envolve esta questão, por meio da qual a atual estrutura jurídica harmonizada sobre DPI é adaptada, modificada ou completada. As páginas anteriores apresentaram alguns dos contornos iniciais do contexto e obje-

a PatentBeGrantedforanAI-GeneratedInvention?”, **GRUR International**, vol. 69, n. 11, 2020, pp. 1123-1129.

⁷⁶ tais como tecnologias de “caixa preta” e redes neurais (que são abordadas pela Decisão T 0161/19 EPO acima mencionada)

⁷⁷ Daí a importância, nesta área, das Patentes Essenciais de Padrões (PEN) e padronização formal, em relação à concessão de licenças PEN em condições FRAND (*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*).

tivos de tal ação legislativa, estabelecendo o estado da situação e as linhas essenciais propostas pelas instituições da UE. Entretanto, a formulação concreta destes objetivos ainda está pendente e teremos que esperar que a Comissão assuma a tarefa recentemente lançada pelo PE para colocar em marcha o mecanismo legislativo europeu.

REFERÊNCIAS

BONADIO, E., MCDONAGH, L., ARVIDSSON, E., “Intellectual Property Aspects of Robotics”, **European Journal of Risk Regulation** 2018, n. 9, pp. 655-676.

CRUQUENAIRE, A., DELFORGE, A., HUBIN, J.-B., KNOCKAERT, M., MICHAUX, B., TOMBAL, T., «Droit d’auteur et œuvres générées par machine», en la obra *L’intelligence artificielle et le droit*, *op.cit.* pp. 199-213.

CUBERT, J.A., BONE, R.G.A., “The law of intellectual property created by artificial intelligence”, en la obra **Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence**, (Eds. BARFIELD, W. y PAGALLO, U.), Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 411-427.

DREXL, J., HILTY, R. M., BENEKE, F., DESAUNETTES, L., FINCK, M., GLOBOCNIK, J., “Aspectos Técnicos da Inteligência Artificial”: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective”, **Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper**, n. 19-13, 2019.

ENGEL, A., “Pode ser concedida uma patente para uma invenção gerada por IA?”, **GRUR International**, vol. 69, n. 11, 2020, pp. 1123-1129.

FJELD, J., ACHTEN, N., HILOGOSS, H., NAGY, A.C., SRIKUMAR, M., “Principled Artificial Intelligence” (Inteligência Artificial Pricipada): Mapping Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for IA”, **Research Publication No 2020-1**, Berkman Klein Center for Internet & Society da Universidade de Harvard.

GARAU SOBRINO, F., “El Derecho Internacional privado que viene: el futuro ya está aquí”, **AEDIPr**, vol.

GINSBURG, J.C., “People Not Machines”: Authorship and What It Means in the Berne Convention”, **IIC**, n. 49, 2018, pp. 131-135.

IHALAINEN, J., “Computer creativity: artificial intelligence and copyright”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, vol. 13, n. 9, 2018, pp. 724-728.

MISHCHENKO, L., “The Internet of Things: where privacy and copyright collide”, **Santa Clara High Tech. L.J.**, vol. 33, 2016, pp. 90-115.

PALMERINI, E., «Towards a Robotics law at the EU level?», in **L’intelligence artificielle et le droit**, (Cords. JACQUEMIN, H. and DE STREEL, A.), Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 47-70.

RAMALHO, A., “Será que os robôs governarão o mundo (artístico)? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems”, **Journal of Internet Law**, vol. 21, n. 1, 2017, pp. 11-25.

SAIZ GARCÍA, C., “Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor”, **InDret** 1/2019, pp. 1-45.

SCHAFER, B., KOMUVES, D., NIEBLA ZATARIN, DIVER, L., “Uma quarta lei da robótica? Copyright e a lei e a ética da co-produção de máquinas”, **Artif. Intell. Law**, n. 23, 2015, pp. 217-240.

SCHWAB, K., **The Quarta Revolução Industrial**, Ginebra, Fórum Econômico Mundial, 2016.

VERTINSKY, L., “Thinking machines and patent law”, na obra **Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence**, (Eds. BARFIELD, W. y PAGALLO, U.), Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 489-510.

VILLAROYA SANCHIS, R., “La convergencia de IoT, Big Data e Inteligencia Artificial: nuevos retos jurídicos y sociales y posibles respuestas”, em **Era Digital, Sociedad y Derecho** (Dir. FUENTES SORIANO, O.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 219-229.

WACHOWICZ, M. y GONÇALVES, L.R., **Inteligência Artificial e Criatividade. Novos Conceitos na Propriedade Intelectual**, Curitiba, GEDAI, 2019.

Recebido: 28/01/2021

Aprovado: 13/03/2021

«INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET DROIT D'AUTEUR AU PORTUGAL»¹

Artificial Intelligence and copyright in Portugal

Alexandre L. Dias Pereira²

RÉSUMÉ

Ce rapport a été préparé pour la conférence internationale “Intelligence artificielle et droit” de l’Association “Henri Capitant”, qui se tiendra à Séoul, Corée du Sud, sur la base du questionnaire de Jean Luc Putz (Magistrat de la Cour de Luxembourg). Le texte présente un tableau général du droit d’auteur au Portugal, en indiquant comment les nouveaux défis posés par l’intelligence artificielle s’inscrivent dans ce tableau, tout en soulignant l’absence de législation ou de jurisprudence spécifique sur le sujet. Enfin, nous indiquons comment les œuvres générées par l’intelligence artificielle pourraient être protégées par les règles portugaises et européennes, sans enfreindre les principes fondamentaux de la loi actuelle sur le droit d’auteur.

Mots-clés: Intelligence Artificielle; Droit d’Auteur; Portugal; Données; Logiciel.

ABSTRACT:

This report has been prepared for the international conference “Artificial Intelligence and Law” of the Association “Henri Capitant”, to be held in Seoul, South Korea, based on the questionnaire of Jean Luc Putz (Magistrate of the Court of Luxembourg). The text presents a general picture of copyright in Portugal, indicating how the new challenges posed by artificial intelligence fit into this picture, while highlighting the lack of specific legislation or case law on the subject. Finally, we indicate how works generated by artificial intelligence could be protected by Portuguese and European rules, without violating the fundamental principles of the current copyright law.

Keywords: Artificial Intelligence; Copyright; Portugal; Data; Software.

¹ Relatório elaborado, com a colaboração de PEDRO DE PERDIGÃO LANA (Advogado, Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra e Pesquisador do GEDAI), para as jornadas internacionais sobre «Inteligência Artificial e Direito» da Associação «HENRI CAPITANT», a realizar em Seul, Coreia do Sul, com base no questionário de Jean-Luc Putz (Magistrado do Tribunal do Luxemburgo).

² Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: alexandreldiaspereira@gmail.com.

SUMÁRIO

0) Partie introductive. **0.1.** Contexte législatif. **0.2.** Protection alternative. **0.3.** Législation et projets spécifiques. **1)** Les données d'entrée – exploration de données. **1.1.** Existence d'un acte de reproduction. **1.2.** Exceptions non spécifiques. **1.3.** Exceptions spécifiques. **1.4.** Équilibre et justification. **1.5.** Conception du corpus de départ. **1.6.** Étendue des données protégées. **1.7.** Gestion collective. **2)** Le système d'intelligence artificielle. **2.1.** Algorithme de départ. **2.2.** Connaissance accumulée. **2.3.** Algorithme développé (deep learning). **3)** Le produit de l'intelligence artificielle. **3.1.** Protection des créations de l'intelligence artificielle. **3.1.1.** Aspect moral. **3.1.2.** Aspect économique. **3.2.** Titulaire des droits. **3.3.** Opportunité d'une protection des produits d'intelligence artificielle. **3.3.1.** Protection par le droit d'auteur. **3.3.2.** Protection par un régime autonome. Bibliographie sur le droit d'auteur au Portugal

0 PARTIE INTRODUCTIVE

0.1 Contexte législatif.

1. La propriété intellectuelle, y compris les droits d'auteur et la propriété industrielle, est désignée à l'article 1303 du Code civil portugais comme un type spécial de propriété, qui protège le droit général de propriété réglementé par législation spéciale, qui se compose de deux instruments principaux: le code de la propriété industrielle et le code du droit d'auteur et des droits voisins (propriété littéraire et artistique). Les droits de propriété sont donc couverts par l'article 62/1 de la Constitution de la République portugaise, qui protège le droit général à la propriété³.

Plus directement, le droit d'auteur portugaise est expressément prévue dans la Constitution au deuxième paragraphe de l'article 42, qui

³ Les droits moraux sont aussi compris dans le droit constitutionnel au développement de la personnalité, selon article 26, 1 de la CRP. Cf. Cour Constitutionnel, arrêt n. 577/11 du 29/11/2011, rapporteur José Borges Soeiro. Avant, cf. arrêt n. 491/2002 du 26/11/2002.

aborde la liberté de création culturelle. La source juridique principale de la propriété littéraire et artistique au Portugal c'est le code du droit d'auteur et des droits voisins (CDA), adoptée par le décret-loi n. 63/85, du 14 mars (mise à jour plusieurs fois). Au dehors du code du droit d'auteur, il-y-a d'autres législations spéciales concernant par ex. la protection juridique des logiciels (décret-loi n. 252/94, du 20 octobre) et des bases de données (décret-loi n. 122/2000, du 4 juillet), la transmission par satellite et la retransmission par câble (décret-loi n. 333/97, du 27 novembre), la compensation pour la copie privée (loi n. 62/98, du 1 septembre, mise à jour plusieurs fois), etc.

La législation portugaise reçoit au droit national des traités internationaux, comme la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, adoptée en 1886 (et mise à jour plusieurs fois), la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, ou l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC 1994). Autrement, depuis 1991, la propriété littéraire et artistique au Portugal a devenu fortement configurée par le droit d'auteur de l'Union Européenne, surtout par la transposition des directives d'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins, comme, par ex.: directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77 du 27.3.1996, p. 20); directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique) (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1); directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167 du 22.6.2001, p. 10); directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 376 du 27.12.2006, p. 28); directive 2009/24/CE du Parlement européen

et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 111 du 5.5.2009, p. 16); directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines (JO L 299 du 27.10.2012, p. 5); directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur (JO L 84 du 20.3.2014, p. 72), etc.

2. Portugal c'est un pays de droit civil et de droit d'auteur. Le droit d'auteur au Portugal protège des œuvres originales, c'est-à-dire les créations intellectuelles dans les domaines littéraires ou artistiques exprimées sous toute forme perceptible, quels que soient leur objet ou leurs mérites (article 1 (1) CDA). L'originalité est la base de la protection. Une œuvre est considérée comme originale si elle résulte de l'apport créatif de l'auteur et non simplement de l'appropriation de la création de la nature ou d'une autre personne. Le concept normatif des œuvres protégées est illustré par un catalogue ouvert d'exemples (art. 2 CDA), similaire à la convention de Berne. Les œuvres dérivées (par ex. traductions) et les compilations peuvent également être protégées en tant qu'œuvres originales (art. 3 CDA). La protection du droit d'auteur prend effet dès la création de l'œuvre et est indépendante de toute formalité, telle que l'enregistrement ou le dépôt (art. 12 CDA), à l'exception des titres des œuvres périodiques ou non publiées (art. 4 (3) CDA). La protection du droit d'auteur ne s'étend pas aux idées, procédures, méthodes opérationnelles ou concepts mathématiques en tant que tels (art. 1 (2) CDA), ni aux informations ou rapports de faits ou discours politiques (art. 7 (1) CDA).

3. Bien que le droit d'auteur soit configuré comme un droit unitaire comprenant à la fois des droits économiques et des droits moraux⁴, les

⁴ Cf. arrêt n. 216/2015 du 08/04/2015, rapporteur MARTINS, Ana Guerra. Dans la doctrine, voir CANOTILHO, Joaquim José Gomes, "Liberdade e Exclusivo Na Constitui-

droits économiques peuvent être cédés, tandis que les droits moraux, à savoir le droit de paternité et le droit à l'intégrité, sont toujours attachés au créateur et ne peuvent être ni abandonnés ni cédés (arts. 9, 42 et 52 (2) CDA). Néanmoins, le droit à l'intégrité vise à protéger l'honneur et la réputation du créateur intellectuel en tant que tel (art. 56 (1) CDA), l'auteur peut convenir d'une identification de la paternité (art. 28 CDA) et il peut consentir à des modifications l'œuvre (art. 15 (2) et 59 CDA). D'autres droits moraux comprennent le droit de ne pas publier l'œuvre ainsi que le droit de retirer l'œuvre de la circulation (art. 62 CDA). Le droit de suite prévu pour certaines œuvres artistiques (art. 54 CDA) ne peut pas non plus être cédé ni supprimé.

4. Le droit d'auteur appartient au créateur intellectuel de l'œuvre, c'est-à-dire l'auteur, qui est en principe la personne identifiée comme telle (art. 11 et 27 CDA)⁵. Cependant, dans le cas d'œuvres créées par des employés ou sous commande, les parties peuvent convenir de la transmission des droits patrimoniaux, ce qui est présumé si le nom du créateur n'est pas mentionné dans l'œuvre ou à l'endroit habituel à des fins d'identification de l'auteur (art. 14 (1) (3) CDA). En cas de transmission, le créateur intellectuel aura droit à une rémunération supplémentaire (art. 14 (4) - voir aussi art. 49 CDA). Concernant une œuvre créée par plusieurs personnes, le droit d'auteur appartient conjointement à ses créateurs, sauf s'il est considéré comme une œuvre collective, lorsque le droit d'auteur est attribué par la loi à la personne physique ou morale qui organise et dirige sa création et au nom de laquelle elle est publiée (arts 16 à 19 CDA). Certains types d'œuvres sont réputés être des œuvres en

ção." In *Idem*, **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**, 217–32. Coimbra: Almedina, 2004.

⁵ Sur le principe du créateur dans le droit portugais, voir PEREIRA, Alexandre Dias, **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. p. 436-439, 2008a; MELLO, Alberto de Sá e, **Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 47–48; MARQUES, João Paulo Remédio; SERENS, Manuel Nogueira, "Criações Publicitárias - a Atribuição Do Direito Patrimonial de Autor e a Utilização Das Criações Protegidas Por Parte Dos Anunciantes" In **Direito Da Sociedade de Informação**, v. VII, Coimbra: Coimbra Editora. 2008. p. 230-233.

collaboration, à savoir les œuvres cinématographiques, de sorte que la paternité est accordée à plusieurs personnes (art. 22 CDA).

5. La protection du droit d'auteur commence dès la création de l'œuvre, aucun dépôt ni enregistrement n'est requis, et dure en principe pendant la vie de l'auteur plus 70 ans *post mortem auctoris* (art. 31 CDA). Il-y-a des critères spéciaux pour certaines catégories d'œuvres, à savoir les œuvres communes et les œuvres orphelines (art. 32 à 34 CDA). Après la durée de la protection, le droit d'auteur expire et l'œuvre tombe dans le domaine public (art. 38 CDA). Toutefois, un «droit d'auteur» spécial est accordé pendant 25 ans à l'éditeur d'une œuvre non publiée pour laquelle la durée de protection a déjà expiré (art. 39 CDA).

6. Les droits patrimoniaux sont des droits exclusifs et disponibles: le titulaire du droit d'auteur a non seulement le droit exclusif d'autoriser l'utilisation de l'œuvre par des tiers, mais également le droit de transférer et d'utiliser à titre de garantie, en tout ou en partie, les droits patrimoniaux (art. 40 CDA). Les autorisations (licences) d'utiliser des œuvres protégées par le droit d'auteur doivent répondre à certaines exigences, à savoir qu'elles doivent être faites par écrit et préciser les utilisations autorisées et les conditions de temps, de lieu et de paiement de celles-ci. Malgré la réglementation du prototype normatif des contrats d'autorisation de droit d'auteur prévoyant que le contrat d'édition est nul et non avenu s'il n'est pas conclu par écrit (art. 87 CDA), il est cependant de jurisprudence stable que l'exigence de document écrit pour les autorisations de droits d'auteur n'a qu'une valeur de preuve (formalité *ad probationem*).

Des transferts partiels de droits d'auteur sont possibles pour des droits économiques spécifiques mais doivent être effectués par écrit et sont soumis à la reconnaissance notariale des signatures, sauf peine de nullité (art. 43 (1) (2) CDA). De plus, la transmission complète et définitive des droits patrimoniaux peut avoir lieu par contrat, à condition que l'œuvre et le prix soient indiqués et conclus par écriture public redigée par le notaire (formalité *ad substantiam*); sinon, elle est nulle (art. 44 CDA). La

jurisprudence portugaise n'étend pas cette exigence de forme aux œuvres réalisées sous contrat de commande, mais le cas de la transmission du droit d'auteur sur les œuvres futures n'est pas clair (art. 48 CDA)⁶.

7. Le droit d'auteur confère un droit exclusif et disponible d'exploitation économique de l'œuvre sous toute forme connue ou développée ultérieurement (art. 67 et 68 (1) CDA). Le droit exclusif comprend un ensemble de droits indépendants qui couvrent les utilisations les plus typiques telles que, conformément à l'article 68, paragraphe 2, du CDA, le droit de copier ou de reproduire d'une autre manière l'œuvre (a), le droit de distribuer des copies, y compris la vente, la location et le prêt public (b), le droit d'exécuter en public, notamment des œuvres musicales, dramatiques ou audiovisuelles (c), le droit de communiquer au public par câble et de diffuser, par radio, télévision ou autre moyen sans fil (d), le droit de mettre à disposition au public sur le réseau informatique (e), le droit de traduire et le droit de s'adapter (f).

La réglementation de ces droits patrimoniaux est complétée par une législation spéciale concernant des droits spécifiques tels que la location et le prêt public ainsi que la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble. La loi sur le droit d'auteur prévoit au chapitre III un règlement détaillé pour des utilisations spéciales, telles que l'édition, la représentation sur scène, la production d'œuvres audiovisuelles, la fixation et la publication de phonogrammes et de vidéos, la radiodiffusion, la communication au public et les traductions. Les droits patrimoniaux peuvent être exercés directement par les titulaires des droits d'auteur ou par le biais d'entités de gestion collective (art. 71 à 74 CDA). Cependant, dans certaines situations, comme le droit de retransmission par câble, la gestion collective du droit d'auteur est obligatoire (décret-loi n. 333/97, du 27 novembre).

⁶ Pour les détails de cette discussion, cf. BESSA, Tiago, "Direito Contratual de Autor e licenças voluntárias de exploração da obra". **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 72, IV, 2012. p. 1185-1191.

8. Le droit exclusif répond à certaines limitations et exceptions. Tout d'abord, le droit de reproduction ne s'applique pas à l'activité de simple conduit, de mise en cache, d'hébergement, de navigation et de liaison exercée par des prestataires de services de la société de l'information agissant comme de simples intermédiaires (art. 75 (1) CDA). Ensuite, la copie privée et d'autres utilisations telles que les revues de presse, les citations, les illustrations pédagogiques sont des exemples d'utilisations libres énumérées à l'article 75 (2) CDA, c'est-à-dire qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application du droit exclusif, à condition toutefois que ces utilisations n'entrent pas en conflit avec une exploitation normale de l'œuvre et ne portent pas indûment préjudice aux intérêts légitimes du titulaire du droit (art. 75 (4) CDA). Ces utilisations libres sont considérées comme des droits obligatoires de l'utilisateur, car elles ne peuvent être dérogées par contrat (article 75 (5) CDA).

En outre, les titulaires de droits d'auteur ont droit à une compensation équitable pour certaines des utilisations libres (art. 76 CDA). En particulier, un système de compensation équitable est prévu pour les reproductions à usage privé (art. 82 CDA et loi n. 62/98, du 1 septembre, mise à jour plusieurs fois),).

9. Le titre III de la loi sur le droit d'auteur prévoit les droits dits voisins (*direitos conexos*). Les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes, les organismes de radiodiffusion et les organisateurs de spectacles bénéficient de droits voisins. Il s'agit de droits économiques similaires au droit d'auteur, mais la durée de protection est limitée à 50 ans après l'occurrence qui les a créés (art. 183 CDA). De plus, un droit moral limité est conféré aux artistes interprètes ou exécutants (art. 182 CDA).

En plus de ces droits connexes «typiques», d'autres droits connexes sont identifiés, tels que le droit de représentation conféré au promoteur de spectacles publics (art. 117 CDA). Le droit *sui generis* accordé au producteur d'une base de données pour protéger ses investissements substantiels dans la production de la base de données (chapitre III du décret-loi n. 122/2000, du 4 juillet) pourrait également être ajouté à cette

liste de droits connexes «atypiques» dans le sens où il n'est pas inclus dans le cadre d'un traité international⁷.

10. Les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sont considérées comme des infractions non seulement de droit civil, mais aussi comme délits pénales: usurpation, contrefaçon, violation du droit moral et utilisation d'œuvres littéraires contrefaites (art. 195 à 202 CDA). La loi sur le droit d'auteur prévoit aussi des dispositions spéciales d'exécution concernant notamment la collecte et la conservation des preuves et des mesures provisoires (art. 209 à 211-B CDA). Il en va de même pour la protection des mesures techniques de protection et l'intégrité des informations de gestion du droit d'auteur (titre VI, art. 217 à 228 CDA). Par exemple, le fait de contourner (ou de faciliter le contournement) les mesures de protection technologiques utilisées par les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins constitue une infraction pénale, y compris le droit sui generis du producteur de la base de données (art. 217 à 219 CDA). Cependant, la protection des mesures techniques est limitée par certains des limitations et exceptions autant que des droits obligatoires de l'utilisateur (art. 221 CDA).

0.2 Protection alternative

1. Les systèmes d'intelligence artificielle exigent d'autres droits de propriété intellectuelle en plus du droit d'auteur, comme c'est le cas pour les brevets d'inventions liées aux programmes informatiques dans le secteur de la robotique.

Les brevets sont réglés par le nouveau Code de la propriété intellectuelle, approuvé par le décret-loi n. 110/2018, du 10 décembre (version mise à jour). Les inventions nouvelles, qui impliquent une activité

⁷ Certains commentateurs classent les droits voisins de manière extensive et énumèrent un éventail plus large de titulaires, y compris, par exemple, certains types d'éditeurs. Cf. SILVA, Nuno Sousa e, "Direitos Conexos (ao Direito de Autor)", **Revista Da Ordem Dos Advogados**, Ano 76, p. 355–445, 2016.

inventive et sont susceptibles d'application industrielle, sont protégées par le droit des brevets (art. 50). Les brevets concernent des inventions techniques, c'est-à-dire des œuvres de l'esprit sur des problèmes techniques et qui ne sont pas seulement des formules mathématiques ou logiques. Les inventions techniques doivent être nouvelles, au vu de l'état de la technique, et résulter d'une activité inventive, en ce sens qu'elles ne résultent pas manifestement de l'état de la technique. L'invention doit quand-même être susceptible d'application industrielle, c'est-à-dire qu'elle peut être utilisée dans l'industrie ou l'agriculture.

L'objet du brevet ne couvre pas toutes les œuvres de l'esprit. En vertu de l'article 52/1 CPI, ne peuvent pas faire l'objet du droit des brevets les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques, (a), les matières ou substances déjà existantes dans la nature et les matières nucléaires (b), les créations esthétiques (c), les projets, principes et méthodes d'exercice d'activités intellectuelles dans le domaine des jeux d'argent ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que des programmes informatiques, en tant que tels, sans aucune contribution (d), et les présentations d'informations (e). Cependant, la norme de la Convention de Munich sur le brevet européen qui sous-tend ledit régime interne n'a pas empêché l'Office européen des brevets de délivrer des brevets pour des inventions liées à des programmes informatiques, en particulier dans le secteur des dispositifs médicaux.

2. Outre les droits d'auteur et les brevets, il convient également de mentionner la protection éventuelle du logiciel comme cœur de l'intelligence artificielle⁸, en tant que secrets commerciaux ou savoir-faire. Les secrets commerciaux sont protégés dans Code de la propriété industrielle, qui transpose la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relative à la protection du savoir-faire et des informations commerciales confidentielles (secrets d'affaires) contre leur acquisition, leur utilisation et divulgation illégale. Les informations com-

⁸ COMISSÃO EUROPEIA, "Livro Branco Sobre a Inteligência Artificial - Uma Abordagem Europeia Virada Para a Excelência e a Confiança." COM(2020) 65 Final. 2020. p. 16.

merciales confidentielles sont considérées comme (1) des informations secrètes (en ce sens que, dans leur ensemble ou dans la configuration et la connexion exactes de leurs éléments constitutifs, elles ne sont généralement pas connues des personnes dans les cercles qui traitent normalement du type d'informations en question,); (2) ayant une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; (3) et qui ont fait l'objet d'une diligence raisonnable, compte tenu des circonstances, à garder secret par la personne qui exerce légalement leur contrôle (art. 313).

Le secret commercial est protégé contre l'accès, appropriation ou copie non autorisée de documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques, qui sont légalement sous le contrôle du détenteur du secret commercial et qui contiennent ce secret ou dont il est déductible, et contre toute autre conduite qui, dans les circonstances spécifiques dans lesquelles elle se produit, est considérée comme contraire aux pratiques commerciales honnêtes (art. 314/1). Plusieurs autres actes sont interdits, notamment d'utiliser ou de divulguer un secret commercial obtenu illégalement ou en violation d'un accord de confidentialité ou toute autre obligation de ne pas divulguer le secret commercial, ou une obligation contractuelle ou toute autre obligation de limiter l'utilisation des secrets d'affaires (art. 314/2).

Enfin, la protection des topographies de produits semi-conducteurs peut être mentionnée, ce qui au Portugal suppose un caractère *sui generis* entre le droit d'auteur et la propriété industrielle⁹, bien qu'il semble y avoir une plus grande approximation de cette dernière, étant prévue aux articles 153 et suivants du Code de la Propriété Industrielle.

3. Les droits de la personnalité constituent un autre domaine d'application pertinent de l'intelligence artificielle, notamment dans le domaine des données personnelles. La personnalité juridique s'acquiert au moment de la naissance et de la vie, et cesse avec la mort (art. 66 et 68 du code civil). La personnalité juridique implique immédiatement un droit général de la personnalité (art. 70) qui se déploie dans des droits spéciaux de la person-

⁹ PEREIRA, Alexandre Dias. "Circuitos integrados: protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores". In **Direito Industrial**, vol. II, p. 309-340, 2002.

nalité, y compris le droit au nom, le droit à l'image, le droit à la création culturelle ou le droit de réserver l'intimité de la vie toilette. Par ailleurs, une partie minoritaire de la doctrine affirme que le droit d'auteur est essentiellement un droit de la personnalité, en raison de ses aspects moraux¹⁰.

Outre la protection de ces personnalités prévue par le droit civil et le droit pénal, la protection des données des personnes physiques a été développée dans une législation autonome, qui correspond actuellement au Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 sur la protection des des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46 / CE (Règlement général sur la protection des données), et à la loi n. 52/2019, du 8 août, applicable à la mise en œuvre, dans l'ordre juridique interne, du règlement (EU) 2016/679.

0.3 Législation et projets spécifiques

Il n'existe pas de lois ou de règles spécifiques sur l'intelligence artificielle et le droit d'auteur au Portugal, et il n'y a pas non plus de décisions de justice spécifiques sur cette question. Toutefois, la note de bas n. 18 de l'arrêt de la Cour Suprême de Justice du 07/05/2012, affaire n° 855/07.8TVPRT.P1.S1, indique que «dans la mesure où les techniques de l'intelligence artificielle permettront la création de l'œuvre exclusivement par machine, nous ne traiterons naturellement pas d'œuvres protégées par le droit d'auteur, car il n'y a pas d'auteur. «Dans la mesure où les techniques de l'intelligence artificielle permettront la création de l'œuvre exclusivement par machine, nous ne traiterons naturellement pas d'œuvres protégées par le droit d'auteur, car il n'y a pas d'auteur. Dans tous les cas, cependant, lorsque c'est une personne qui est à l'origine de l'œuvre, elle peut être protégée par le droit d'auteur». La doctrine adopte presque unanimement des variantes de cette position¹¹.

¹⁰ Notamment, CARVALHO, Orlando de, "Direito de Personalidade de Autor." In **Num Novo Mundo Do Direito de Autor? II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos**, Tomo II. Lisboa: Edições Cosmos, 1994.

¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, **Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 76-77; VIEIRA, José Alberto, "Obras Geradas Por

Comme le Portugal fait partie de l'Union européenne, il est encore nécessaire de suivre les débats au niveau européen. Dans la résolution du Parlement européen sur les dispositions de droit civil relatives à la robotique (2015/2103(INL)¹²), il est recommandé à la Commission d'établir «des critères pour une «création intellectuelle propre» en relation avec les œuvres protégées par le droit d'auteur produites par des ordinateurs ou des robots». Le 20 octobre 2020, le Parlement européen a publié une nouvelle résolution (2020/2015(INI)¹³), qui n'indique pas encore de voie plus concrète à suivre, mais qui réitère la primauté du «niveau élevé de protection» du système européen de propriété intellectuelle et l'importance d'équilibrer les intérêts en jeu. Elle a également réaffirmé la possibilité que de telles œuvres ne soient pas protégées en raison du principe d'originalité et de son lien avec la personnalité de l'auteur en tant que personne naturelle.

1 LES DONNÉES D'ENTRÉE – EXPLORATION DE DONNÉES

1.1 Existence d'un acte de reproduction

Le droit exclusif couvre la reproduction directe ou indirecte, temporaire ou permanente, par tout moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie (art. 68/1-i) CDA). Toutefois, les actes de reproduction temporaire transitoires, épisodiques ou accessoires sont exclus du droit de reproduction s'ils font partie intégrante et essentielle d'un processus

Computador e Direito de Autor.” In **Direito Da Sociedade de Informação**, vol. II, 2001. p. 128–37; MELLO, Alberto de Sá e, *Op. Cit.* 2016. p. 50-61; PEREIRA, Alexandre Dias, “A Proteção Jurídica de Software Executados Por Robots (e Obras Geradas Por I.A.)” In *Idem*, **Direito Da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias**, vol. I, 25–37. Coimbra: Gestlegal, 2019; RENDAS, Tito; SILVA, Nuno Sousa e, **Direito de Autor Nos Tribunais**. 2. Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. p. 98; LANA, Pedro de Perdigão, “A Questão Da Autoria Em Obras Produzidas Por Inteligência Artificial.” *Estudos Doutorado e Mestrado*. Coimbra: Instituto Jurídico da FDUC, 2019; VICENTE, Dario Moura. “Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses no Direito Autoral.” In **Direito Autoral & Economia Criativa**, Curitiba: GEDAI, 2012; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, **Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 61;

¹² https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_FR.html

¹³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_FR.html

technologique et dont le seul but est de permettre la transmission sur un réseau entre des tiers, par un intermédiaire, ou une utilisation légitime d'une œuvre protégée et n'ont pas, en elles-mêmes, une importance économique, y compris, dans la mesure où elles remplissent les conditions fixées, les actes permettant la navigation sur les réseaux et le stockage temporaire, ainsi que ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, à condition que l'intermédiaire ne modifie pas le contenu de la transmission et n'interfère pas avec l'utilisation légitime de la technologie selon les bons usages reconnus par le marché, pour obtenir des données sur le l'utilisation de l'information et, en général, les processus de transmission purement technologiques (art. 75/1 CDA).

Selon la directive 2001/29, cette exclusion couvre des actes tels que la navigation (*vide* le considérant 33, *in fine*). La directive 2001/29 inclut la reproduction temporaire dans le droit de reproduction (art. 5/1). La Cour de justice, dans l'ordonnance du 17 janvier 2012 (proc. n. C-302/10 - *Info-paq II*), a considéré exclus les actes de reproduction temporaire effectués au cours d'un processus appelé «saisie de données» qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technologique, malgré le fait qu'ils introduisent et terminent le processus et impliquent une intervention humaine, qui ne permettent qu'une utilisation légitime de l'œuvre et qui n'ont pas de signification économique en eux-mêmes, car ils ne permettent pas de réaliser un profit supplémentaire, qui va au-delà de celui obtenu de l'utilisation légitime de l'œuvre protégée, et n'entraîne pas une altération de l'œuvre.

Il en va de même, *mutatis mutandis*, pour le droit d'extraction du producteur de la base de données. Le décret-loi n. 122/2000 transpose la directive 96/9/CE relative à la protection juridique des bases de données. Le droit *sui generis* du producteur de la base de données c'est le droit d'autoriser ou d'interdire l'extraction et / ou la réutilisation de tout ou partie substantielle, appréciée qualitativement ou quantitativement, du contenu d'un base de données, lorsque son obtention, sa vérification ou sa présentation représente un investissement substantiel d'un point de vue qualitatif ou quantitatif (art. 12/1)¹⁴. L'extraction c'est le transfert, per-

¹⁴ La Cour de Justice des Communautés Européennes (qui a précédé la CJUE) fournit certains paramètres pour expliquer ce qu'est un «investissement substantiel» dans

manent ou temporaire, de tout ou partie substantielle du contenu d'une base de données à un autre support, que ce soit par des moyens ou sous quelque forme que ce soit (art. 12/2-a).

Cependant, la reproduction temporaire effectuée par l'IA peut faire une valeur économique supplémentaire et, dans cette mesure, est couverte par le droit de reproduction. Il s'agit de la «fouille de textes et de données» (prospection), définie par la directive 2019/790 comme «toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous une forme numérique afin d'en dégager des informations, ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations.»

Le préambule de la directive 2019/790 précise que la recherche de textes ou de données implique des actes de reproduction de matériel protégé par le droit d'auteur ou l'extraction de contenu à partir de bases de données protégées par la loi spéciale du fabricant (rec. 9). Il précise en outre que dans les cas où les chercheurs ont un accès légal au contenu, par exemple par le biais d'abonnements à des publications ou de licences en libre accès, les conditions des licences peuvent exclure la prospection de textes et de données (rec. 10). Compte tenu de l'importance de l'exploration de données pour la recherche scientifique, la directive n'inclut pas le droit de reproduction et le droit d'extraire le contenu des bases de données, ainsi que le droit de reproduction en général du droit d'auteur et des droits voisins, reproductions et extractions effectuées par des organismes de recherche et des institutions responsables du patrimoine culturel pour la prospection de textes et de données sur des œuvres ou autres matériels protégés auxquels ils ont légalement accès à des fins de recherche scientifique (art. 3/1).

L'exception n'est établie qu'en faveur des organismes de recherche et des institutions responsables du patrimoine culturel. Parmi les premiers figurent les universités, y compris leurs bibliothèques, instituts de recherche ou toute autre entité dont l'objectif principal est de mener des recherches scientifiques ou d'exercer des activités éducatives impliquant

les arrêts *Fixtures* (C-46/02, C-203/02, C-338/02 et C-444/02). Dans la doctrine, voir SILVA, Nuno Sousa e, *Op. Cit.* 2016. p. 393-395.

également la réalisation de recherches scientifiques à but non lucratif ou de réinvestir tous les bénéfices de la recherche scientifique, ou dans le cadre d'une mission d'intérêt public reconnue par un État membre, de sorte que l'accès aux résultats de cette recherche scientifique ne puisse, à des conditions préférentielles, bénéficier à une entreprise qui exerce une influence déterminante sur cet organisme (art. 2/1). Ces derniers comprennent les bibliothèques ou musées accessibles au public, les archives ou les institutions responsables du patrimoine cinématographique ou sonore (par exemple, la Cinémathèque portugaise).

Le recital 14 clarifie la notion d'accès legal comme englobant l'accès au contenu basé sur une politique d'accès libre ou par le biais d'accords contractuels entre les titulaires de droits et les organismes de recherche ou les institutions responsables du patrimoine culturel, tels que les abonnements, ou par d'autres canaux juridiques; l'accès légal devrait également couvrir l'accès au contenu disponible gratuitement en ligne. Par raisons de sécurité et d'intégrité du système, l'accès légal peut demander la validation des adresses IP ou l'authentification des utilisateurs (rec. 16).

L'exception ou la limitation de la fouille (prospéction) de textes ou de données à des fins d'investigation scientifique est obligatoire et impérative, et une prospection plus complète des textes et données à d'autres fins (art. 4) n'est applicable que tant que l'utilisation des œuvres et les autres éléments protégés n'ont pas été expressément réservés par les titulaires de droits respectifs de manière appropriée, en particulier par lecture optique dans le cas de contenus mis à la disposition du public en ligne (art. 4/3). Selon le recital 18, dans le cas d'un contenu qui a été rendu public en ligne, il ne devrait être considéré comme approprié de réserver ces droits qu'en utilisant des moyens de lecture optique, y compris les métadonnées et les conditions générales d'un site ou d'un service Internet.

1.2 Exceptions non spécifiques

La directive 2019/790 semble limiter les exceptions et limitations au droit de reproduction impliqué dans la fouille de textes et de données à la

poursuite de fins de recherche scientifique. Dans cette mesure, les exceptions ou limitations restantes, prévus à l'article 75 du code du droit d'auteur et des droits voisins¹⁵, ne bénéficieront pas de la liberté de fouille des textes ou des données, sauf si cela n'a pas été réservé par les titulaires de droits¹⁶.

1.3 Exceptions spécifiques

Il n'y a toujours pas de projet de transposition de la directive 2019/790 dans le droit portugais, ni de règles ayant une signification et une portée similaires dans le domaine du droit d'auteur. En tant qu'utilisation à des fins privées ou pour d'autres utilisations autorisées par la loi, l'exploration de données devrait également être soumise à une rémunération ou à une compensation, en particulier en ce qui concerne une compensation équitable pour la reproduction à usage privé. Cependant, la loi sur la copie privée ne discrimine pas ce nouvel usage. En outre, le préambule de la directive 2019/790 considère que les dommages potentiels causés par cette nouvelle exception aux titulaires de droits sont minimes, car c'est limitée à des institutions de la recherche scientifique. Cela va encore plus loin, considérant que: «Les États membres ne devraient, dès lors, pas prévoir de compensation pour les titulaires de droits en ce qui concerne les utilisations relevant des exceptions en matière de fouille de textes et de données introduites par la présente directive» (rec. 17).

1.4 Équilibre et justification

Le régime juridique portugais ne prévoit pas expressément l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle. Le code du droit d'auteur a été modifié pour transposer les directives de l'Union européenne, mais la directive 2019/790 n'a pas encore été transposée. En général, les exceptions ou limitations au droit d'auteur ne couvrent pas les utilisations

¹⁵ Les exceptions et limitations concernant les bases de données sont prévues à l'art. 10 et à l'art. 15 (en relation avec le droit spécial du fabricant) du Décret-loi 122/2000.

¹⁶ SILVA, Nuno Sousa E, "Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790". **Revista de Direito Intelectual**, n.1, 2020. p. 251-252.

à des fins commerciales, directes ou indirectes. En outre, le principe est que les droits sont réservés par la loi et que, par conséquent, le titulaire du droit n'a pas la charge de réserver les utilisations soumises à son autorisation¹⁷. Dans cette mesure, considérer que la prospection de textes ou de données extrait une valeur économique des reproductions qu'elle implique et imposer ensuite au titulaire de droits la charge de réserver cet usage revient à tout le moins à renverser la logique du système en faveur des utilisateurs de systèmes d'intelligence artificiel. D'autant plus que les géants de l'internet qui exploitent de grandes plateformes de partage de contenus numériques établissent dans les conditions générales du service le droit de prospector des textes et données téléchargés par les utilisateurs de leurs services. En d'autres termes, dans la pratique, le droit de s'opposer à la prospection aura peu de valeur dans la relation avec les grandes sociétés Internet (GAFA), qui finissent ainsi par bénéficier de ce droit face à une concurrence à moindre pouvoir de négociation.

D'autre part, en limitant la liberté de recherche de textes et de données à des activités de recherche scientifique à but non lucratif ou menées dans le cadre d'une mission d'intérêt public, la directive 2019/790 désavantage d'autres secteurs bénéficiant traditionnellement d'exceptions, comme les médias, qui font la concurrence des grandes entreprises Internet en ce qui concerne l'accès à la principale matière première de ce marché, à savoir l'information, le divertissement et d'autres contenus audiovisuels.

1.5 Conception du corpus de départ

Un ensemble de données composé spécifiquement pour servir de données d'entrée peut bénéficier de la protection juridique des bases de données, protégées par le décret-loi no. 122/2000, qui transpose la directive 96/9/CE. Base de données signifie «la collecte d'œuvres, de données

¹⁷ Nous avons développé ce sujet en mettant l'accent sur l'équilibre intrinsèque du droit d'auteur dans le système de l'Europe continentale et du *copyright* dans PEREIRA, Alexandre Dias, "Fair use e Direitos de Autor (entre a regra e a exceção)". In **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, vol. I. Almedina: Coimbra, 2008b. p. 853-859.

ou d'autres éléments indépendants, organisée de manière systématique ou méthodique et susceptible d'accès individuel par voie électronique ou autre» (art. 1/2). Les bases de données qui, par la sélection ou la disposition des contenus respectifs, constituent des créations intellectuelles sont protégées par le droit d'auteur (art. 4/1). Ainsi, si le choix des données d'entrée est original, la structuration de ces données sera protégée par le droit d'auteur.

En revanche, le fabricant de la base de données se voit accorder un droit spécial, qui consiste en le droit d'autoriser ou d'interdire l'extraction et / ou la réutilisation de tout ou partie substantielle, appréciée qualitativement ou quantitativement, du contenu d'une base de données; données, lorsque leur collecte, vérification ou présentation représente un investissement substantiel d'un point de vue qualitatif ou quantitatif (art. 12/1).

1.6 Étendue des données protégées

En effet, le droit d'auteur ne protège pas les œuvres non originales, ni la simple information, ainsi que le style ou un genre littéraire ou artistique. Cependant, les possibilités d'imitation du style littéraire ou artistique apportées par l'IA peuvent justifier l'approfondissement de l'objet de protection du droit d'auteur. En plus de la forme d'expression externe, la forme interne doit également être prise en compte¹⁸. Dans tous les cas il est impératif de préserver la dichotomie idée-expression, afin de sauvegarder la liberté des idées et, finalement, la liberté de pensée elle-même et la liberté d'imagination.

Le droit spécial du fabricant ne couvre pas la création des données, mais seulement le contrôle de l'extraction ou de la réutilisation¹⁹. Un droit sur la création de données non personnelles a même été proposé dans la

¹⁸ PEREIRA, Alexandre Dias, Música e electrónica: "sound sampling", obras de computador e direitos de autor na internet". In **Direito da sociedade da informação**, vol. 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

¹⁹ IGLESIAS, Maria; SHAMULIA, Sharon; ANDERBERG, Amanda. **Intellectual Property and Artificial Intelligence - A Literature Review**. Luxembourg, European Union Publications, 2019. p. 9.

communication de la Commission «Construire une économie européenne des données» (SWD(2017) 2 final), mais a été rejeté.

Pour cette raison, il peut être plus approprié de rechercher la protection de ces éléments chez la concurrence déloyale²⁰. L'article 311 du code de la propriété industrielle définit la concurrence déloyale comme «tout acte de concurrence contraire aux règles et usages honnêtes de toute branche d'activité économique». Le catalogue des actes illustrant une concurrence déloyale comprend, entre autres, «ceux susceptibles de créer une confusion avec la société, l'établissement, les produits ou services des concurrents, quel que soit le moyen employé», et aussi les références non autorisées faites pour bénéficier du crédit ou de la réputation d'un nom, d'un établissement ou d'une marque étranger, etc.

D'ailleurs, les droits de la personnalité, tels que le nom et l'image, au sens du code civil et du régime des données personnelles, au sens du RGPD et du droit interne, peuvent s'avérer des moyens de protection variables et efficaces contre le parasitisme par «imitation».

1.7 Gestion collective

Les entités de gestion collective enregistrées au Portugal n'offrent pas encore de licences spécifiques pour l'IA. Voir p.ex. <https://www.spautores.pt/usuarios/tabelas>

2) LE SYSTÈME D'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

2.1 Algorithme de départ

En droit portugais, les programmes d'ordinateur sont protégés par le droit d'auteur en vertu du décret-loi n. 252/94 du 20 octobre, qui

²⁰ Il convient de noter que dans le monde, des propositions ont déjà été faites pour protéger les œuvres créées par l'intelligence artificielle par des régimes modifiés de concurrence déloyale IHALAINEN, Jani, "Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright." *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 13, n. 9, 2018. p. 727-728.

transpose la directive 91/250/CEE (remplacée entre-temps par la directive 2009/24/CE). Les programmes d'ordinateur à caractère créatif bénéficient d'une protection similaire à celle accordée aux œuvres littéraires, le matériel de conception préliminaire du programme étant equiparé au programme d'ordinateur (art. 1/2-3). L'algorithme, en tant que racine logique du programme informatique, peut être protégé comme matériau de conception préliminaire, dans la mesure où il ne s'agit pas simplement d'une idée, d'un principe ou d'une découverte²¹.

2.2 Connaissance accumulée.

En effet, le corpus de données auquel recourt l'algorithme du système d'intelligence artificielle pour prendre une décision et donc générer son propre «savoir» et sa «connaissance» est protégé par les droits de propriété littéraire, notamment en tant que base de données.

La protection juridique des bases de données établie par le décret-loi no. 122/2000, qui transpose la directive 96/9/CE, définit como base de données «la collecte d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, organisée de manière systématique ou méthodique et susceptible d'accès individuel par voie électronique ou autre» (art. 1/2). Les bases de données qui, par la sélection ou la disposition des contenus respectifs, constituent des créations intellectuelles sont protégées par le droit d'auteur (art. 4/1). Ainsi, si la sélection ou disposition des données accumulées est originale, la structure de la base sera protégée par le droit d'auteur.

En outre, le fabricant de la base de données se voit accorder un droit spécial, qui consiste en le droit d'autoriser ou d'interdire l'extraction et / ou la réutilisation de tout ou partie substantielle, appréciée qualitativement ou quantitativement, du contenu d'une base de données; données, lorsque leur collecte, vérification ou présentation représente un investissement substantiel d'un point de vue qualitatif ou quantitatif (art. 12/1). Si l'uti-

²¹ MARQUES, João Paulo Remédio, "Patentes de Programas de Computador de Sistemas Informáticos de Jogos Eletrônicos / Patentes de Métodos de Exercício de Atividades Econômicas?" *PIDCC*, v. 10, n. 01, 2016. p. 3-5.

lisation d'un système d'intelligence artificielle est considérée un investissement substantial, le droit sui generis du producteur sera applicable²².

2.3 Algorithme développé (*deep learning*)

Le développement et l'amélioration d'un algorithme à partir de l'analyse des données et des résultats par le système d'intelligence artificielle c'est une évolution du programme informatique et autant que tel c'est protégéable comme version dérivée du logiciel par le droit d'auteur s'il a du caractère créatif. Néanmoins, le «deep learning», notamment les bases de données et le code généré par la IA, semble produit de la machine elle-même et donc ne sera pas original au sens du droit d'auteur.

3) LE PRODUIT DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

3.1 Protection des créations de l'intelligence artificielle.

Le résultat produit de manière autonome par un système d'intelligence artificielle n'est pas protégé par les droits d'auteur selon la législation portugaise²³. Le droit d'auteur protège les œuvres littéraires ou artistiques en tant que formes d'expression originale générées par l'auteur dans l'exercice de sa liberté de création culturelle. La création artistique digne de protection doit résulter du libre choix de l'auteur en tant que personne humaine. Les créations naturelles, telles que les sons d'animaux ou les constellations d'étoiles, ne sont pas protégées par le droit d'auteur, quelle que soit leur valeur esthétique. Seuls les humains, en tant qu'êtres dotés de conscience et de libre arbitre, ont la capacité de créer des œuvres littéraires ou artistiques aux fins de la protection du droit d'auteur²⁴.

²² Comme indiqué dans la note de bas n. 12.

²³ LANA, Pedro de Perdigão, **A Autoria das Obras Autônomamente Geradas por Inteligência Artificial e o Domínio do Público** (Dissertation de masters non publiée), Universidade de Coimbra, 2020.

²⁴ VIEIRA, José Alberto, *Op. Cit.* 2001. p. 113–45.

Cependant, à côté du droit d'auteur, la loi établit les droits voisins de l'artiste interprète ou exécutant, du producteur phonographique ou vidéographique et du diffuseur. En particulier, il nous semble que le résultat produit par un système d'intelligence artificielle peut être protégé par le droit connexe du producteur phonographique ou vidéographique, entendue comme «la personne physique ou morale qui fixe en premier les sons d'une exécution ou de toute autre, ou des images de toute source, accompagnées ou non de sons» (art. 176/3 CDA). Le droit connexe du producteur aux sons et/ou images provenant d'un système d'intelligence artificielle ne requiert qu'ils soient originaux en tant que fruits de la liberté de création culturelle²⁵, parce que leur fixation ou leur enregistrement dans un phonogramme ou un vidéogramme c'est suffisante.

3.1.1 Aspect moral

Contrairement aux œuvres littéraires ou artistiques protégées par le droit d'auteur, le produit d'intelligence artificielle n'exprime pas de personnalité et, dans cette mesure, ne justifie pas la reconnaissance de droits moraux, en tant que droits de personnalité de l'auteur fondés sur sa liberté de création culturelle. Toutefois, la protection au titre du droit du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes exige l'identification des phonogrammes et vidéogrammes dans toutes les copies autorisées et dans l'emballage respectif au moyen d'une mention constituée du symbole P (la lettre P entourée d'un cercle), accompagnée de l'indication de l'année de la première publication ainsi que l'identification du producteur ou de son représentant (art. 185 / 1-2 CDA), à supposer que c'est celui ci dont le nom ou la dénomination figure comme tel dans les exemplaires autorisés et dans l'emballage respectif (185/3 CDA).

3.1.2 Aspect économique

Les droits patrimoniaux de l'auteur incitent à la création culturelle, en garantissant à l'auteur le droit exclusif d'exploiter ses créations intel-

²⁵ Cf. AIPPI. "Resolution - 2019 Study Question - Copyright in Artificially Generated Works." London, 2019.

lectuelles. De même façon, la protection des produits d'intelligence artificielle par le droit connexe du producteur phonographique ou vidéographique peut stimuler ou encourager l'investissement dans les systèmes d'intelligence artificielle et la production culturelle en général. Même si le système informatique n'a pas besoin d'incitations économiques, celles-ci peuvent être nécessaires pour promouvoir l'investissement dans l'IA, en conférant des droits exclusifs sur les produits artificiels à ceux qui investissent dans l'IA²⁶.

3.2 Titulaire des droits

«Le droit d'auteur appartient au créateur intellectuel de l'œuvre », prévoit l'article 11 du Code du droit d'auteur, en ajoutant « sauf disposition expresse au contraire ». À son tour, l'article 27/1 établit que, « sauf disposition au contraire, l'auteur est le créateur intellectuel de l'œuvre ». Ainsi, en principe, le droit d'auteur appartient au créateur intellectuel de l'œuvre, c'est-à-dire à l'auteur, en présumant « l'auteur dont le nom a été indiqué comme tel dans l'œuvre, selon l'usage établi, ou annoncé sous toute forme de communication au public » (art. 27/2 CDA). Cependant, le terme auteur est utilisé plus largement dans la loi²⁷, couvrant également, p.ex., le successeur et le cessionnaire des droits (art. 27/3 CDA).

Les conventions sur la propriété du droit d'auteur concernant des travaux réalisés sur commande ou pour le compte d'autrui sont admises, soit dans le cadre d'une obligation fonctionnelle, soit d'un contrat de travail (art. 14/1 CDA). En d'autres termes, dans le travail réalisé sur commande ou pour le compte d'autrui, il est possible de céder la propriété du droit d'auteur au mandant ou à l'employeur. En l'absence de convention, le droit d'auteur sur l'œuvre réalisée pour des tiers est présumé ap-

²⁶ Décivant plus en détail la nécessité de récompenser cet investissement, voire MC-CUTCHEON, Jani. "The Vanishing Author in Computer-Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law." **Melbourne University Law Review** 36 (3), 2013. p. 954-957; PEARLMAN, Russ. "Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law." **Richmond Journal of Law & Technology**, v. 24, n. 2, 2018. p. 1-4.

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Op. Cit.* 2012. p. 105.

partenir à son créateur intellectuel (art. 14/2 CDA), à moins que son nom ne soit pas mentionné dans l'œuvre ou n'apparaisse pas à l'endroit prévu pour l'effet selon l'usage universel, car dans ce cas la présomption est inversée en faveur de l'entité pour le compte de laquelle l'œuvre est réalisée (art. 14/3 CDA).

Pour certains comentators, s'il existe une convention de propriété des droits en faveur du mandant ou de l'employeur ou si le créateur intellectuel n'est pas identifié, le droit d'auteur appartient au mandant ou à l'employeur et à titre original²⁸. Ce serait le cas d'une disposition expressément contraire à l'appartenance originelle du droit d'auteur au créateur intellectuel. Dans cette situation, le travail subventionné et le travail collectif le seraient encore.

Neanmoins, le droit d'auteur appartient au créateur intellectuel pour le simple fait de la création intellectuelle, étant reconnu indépendamment de l'enregistrement, du dépôt ou de toute autre formalité (art. 12). Donc, à notre avis, si le droit d'auteur est concédé à une personne autre que le créateur intellectuel, il faut comprendre que seuls les droits patrimoniaux sont en jeu, puisque les droits moraux et autres droits inaliénables restent au titre du créateur intellectuel même après la transmission ou extinction des droits de propriété (art. 9/3 et art. 56 CDA)²⁹. Une telle attribution de droits patrimoniaux peut être convenue ou présumée par la loi, comme c'est le cas pour les travaux effectués pour le compte d'autrui sans identification de l'auteur.

Mais il est important de clarifier les termes de cette attribution. S'il y a une convention, c'est une attribution par contrat. En l'absence de convention, opère une présomption légale fondée sur l'anonymat de l'œuvre, donc à notre avis le régime de l'œuvre d'un auteur anonyme est applicable, en vertu duquel quiconque «divulgue ou publie une œuvre avec le consentement de l'auteur, sous un nom qui ne le révèle son iden-

²⁸ MELLO, Alberto de Sá e, **Contrato de Direito de Autor**: a autonomia contratual na formação do direito de autor. Coimbra: Almedina, 2008a. p. 69.

²⁹ Pour les détails de la discussion, voir PEREIRA, Alexandre Dias, **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 274-302.

tité ou de manière anonyme, il se considère comme le représentant de l'auteur, lui confiant le devoir de défendre les droits respectifs devant des tiers, sauf si l'auteur exprime sa volonté contraire »(art. 30/1), e celui peut à tout moment révéler son identité et la paternité de l'œuvre, et à partir de ce moment les pouvoirs de représentation cessent (art. 30/2). Ainsi, le droit d'auteur relatif à l'œuvre d'un auteur anonyme appartient vraisemblablement au mandant ou à l'employeur en tant que représentants légaux de l'auteur. Il s'agit donc d'une attribution de portée légale et limitée, et non de la propriété originale et complète du droit d'auteur, même s'il fusse limitée aux droits économiques.

La même compréhension est valable pour l'œuvre dit collectif. Elle est considérée comme «la création d'une pluralité de personnes [...] lorsqu'elle est organisée à l'initiative d'une entité singulier ou collective et diffusée ou publiée en leur nom» (art. 16/1-b CDA). C'est un type de création plurielle, avec l'œuvre réalisée en collaboration, qui consiste en ce qui est «diffusée ou publiée au nom des collaborateurs ou de l'un d'entre eux, qu'ils puissent discriminer ou non les contributions individuelles» (art. 16/1-a CDA). Les différences de mode de divulgation ou de publication de ces œuvres se reflètent dans la propriété des droits. Dans l'œuvre réalisée en collaboration, en tant qu'«unité», le droit d'auteur appartient à tous ceux qui y ont collaboré, régissant son exercice commun en copropriété et considérant les parties indivises des auteurs comme égales, sauf autrement accordé par stipulation écrite (art. 17/1-2 CDA). Cependant, si l'œuvre est divulguée ou publiée au nom d'un ou de certains des collaborateurs et si les autres ne sont pas explicitement désignés dans une partie quelconque de l'œuvre, il est supposé que les non-désignés ont cédé leurs droits à celui ou à ceux au nom desquels l'œuvre a été divulguée ou publiée (art. 17/3 CDA).

Harmonisant cette présomption de cession de droits avec ce que nous avons dit de l'attribution de droits d'auteur sur des œuvres «anonymes» réalisées pour d'autres, il nous semble également que les auteurs désignés dans l'œuvre réalisée en collaboration sont considérés comme auteurs de l'œuvre en tant que représentants légaux des auteurs «non désignés», selon les termes du régime de l'œuvre de l'auteur anonyme. De plus, la loi préserve les droits individuels des auteurs d'une œuvre ré-

alisée en collaboration sans faire de distinction entre les auteurs désignés et les auteurs non désignés, à condition que chacun d'entre eux «puisse demander la divulgation, la publication, l'exploitation ou la modification d'une œuvre réalisée en collaboration, étant, en cas de divergence, la question résolue selon les règles de la bonne foi » (art. 18/1 CDA); et, en outre, sans préjudice de l'exploitation conjointe, ils peuvent exercer individuellement les droits liés à leur contribution personnelle, quand elle peut être discriminée (art. 18/2 CDA). La loi considère comme des œuvres réalisées en collaboration l'œuvre radiodiffusée, l'œuvre cinématographique et l'œuvre phonographique ou vidéographique, en identifiant la contribution typique de chaque auteur à ces œuvres.

Alors que dans l'œuvre en collaboration, le droit d'auteur est attribué à ceux qui y ont collaboré en tant qu'auteurs, dans l'œuvre collective, le droit d'auteur «est attribué à l'entité singulière ou collective qui a organisé et dirigé sa création et au nom de celui qui a divulgué ou publié» (art. 19/1 CDA). En d'autres termes, la loi cède le droit d'auteur non aux créateurs intellectuels qui y ont collaboré, mais plutôt à l'organisateur de l'œuvre au nom duquel elle a été divulguée ou publiée et qui peut être une entité individuelle ou collective. Comme dans le contrat de copyright en faveur du mandant ou de l'employeur, ici la loi elle-même attribue le droit d'auteur à une personne autre que le créateur intellectuel, et qui peut être une personne juridique (par ex. une société commerciale).

Cependant, il est important de mieux comprendre l'œuvre collective. À ce titre, les journaux et autres publications périodiques sont présumés des œuvres collectives, et le droit d'auteur appartient aux sociétés respectives (art. 19/3 CDA). Il en va de même pour les programmes informatiques et les bases de données créés au sein d'une entreprise (art. 3/2 du décret-loi n. 252/94 et art. 5/du décret-loi n. 122/2000). Les dictionnaires et les encyclopédies sont également considérés comme des œuvres collectives.

La protection du titre de l'œuvre non publiée, ainsi que du titre des journaux et d'autres périodiques, dépend de l'enregistrement (art. 214 CDA). Lors de l'enregistrement des titres de ces œuvres, des entités naturelles ou collectives, généralement des entreprises des media, acquièrent

des «droits d’auteur» dont la logique est plus proche de celle des droits voisins. La protection des titres a des exigences qui sont étrangères au droit d’auteur classique.

Cependant, le droit d’auteur sur l’œuvre collective ne se limite pas au titre, car il couvre également le contenu de l’œuvre, par exemple articles de journaux ou entrées d’encyclopédie. La loi se réserve le droit d’auteur sur la production personnelle de certains ou de certains collaborateurs discriminables dans l’ensemble de l’œuvre collective, en les renvoyant au régime de l’œuvre réalisée en collaboration (art. 19/2 CDA). En d’autres termes, même dans l’œuvre collective, le créateur intellectuel n’est pas complètement dépouillé de son droit d’auteur, bien que son silence semble compter comme un consentement à la publication de l’œuvre sans désignation de la paternité et «cession» des droits à l’entité qui organise et publie l’œuvre³⁰.

Cette compréhension du régime de propriété du droit d’auteur fondé sur le principe de la paternité est également valable pour les programmes informatiques et les bases de données - qui, de plus, sont présumés œuvres collectives lorsqu’elles sont créées dans une entreprise. La loi établit que les droits appartiennent au destinataire du programme (ou de la base) lorsqu’il est créé par le travailleur dans le cadre d’un contrat de travail ou par un travailleur indépendant dans le cadre d’un contrat de commande, sauf possibilité de stipulation contraire ou résultat différent selon les finalités du contrat (art. 3/2 du décret-loi n. 252/94 et art. 5/3 du décret-loi n. 122/2000; pour le travail photographique réalisé en exécution de contrat de travail ou par arrêté, le droit d’auteur est présumé appartenir à l’employeur ou au mandant - art. 165 CDA). Le droit d’auteur naît *ipso facto* avec la création intellectuelle et dans la sphère juridique du créateur de l’œuvre. Cependant, par convention ou règle légale, des droits patrimoniaux peuvent être attribués à l’employeur ou au mandant.

Dans tous les cas, l’œuvre générée par un système d’IA n’est pas protégée par le droit d’auteur car elle ne résulte pas de choix libres et créatifs, mais du fonctionnement automatique d’algorithmes et de lo-

³⁰ PEREIRA, Alexandre Dias, *Op. Cit.* 2008a. p. 260-261

giciels. Lors de l'enregistrement d'images ou de sons, l'œuvre peut être protégée par le droit du producteur phonographique ou viodegraphique, ou par le droit du producteur de la base de données (contre l'extraction et la réutilisation d'une partie importante des données de la base). La durée de protection de est plus courte, mais rien n'empêche le producteur d'être une personne morale, comme dans la plupart des cas.

3.3 Opportunité d'une protection des produits d'intelligence artificielle

3.3.1 Protection par le droit d'auteur

Compte tenu de la capacité de production presque infinie de l'IA, il est possible que la protection du droit d'auteur de ces œuvres dévaste l'espace de la liberté de création intellectuelle, perturbant l'équilibre entre la création de la machine et la création humaine. Il existe, en effet, un risque que l'IA dépasse les capacités de création littéraire et artistique des humains. En ce sens, le créateur intellectuel humain peut devenir obsolète et jetable face aux capacités promises par l'IA³¹.

Toutefois, les œuvres artificielles peuvent déjà être protégées sous forme de vidéogrammes ou de phonogrammes, les droits sur ces enregistrements appartenant aux producteurs respectifs. En ce sens, comme le producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes, la production IA doit contenir l'identification du «producteur» à protéger par ce droit connexe, en indiquant la source respective. Le marquage des œuvres d'IA sera important dès le départ pour que le public sache s'il s'agit d'œuvres à usage gratuit ou soumises au droit du producteur. La maximisation de l'offre culturelle est importante et l'IA contribuera certainement à accroître l'offre culturelle.

³¹ ZATARAIN, Jesus Manuel, "The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence." **International Review of Law, Computers and Technology**, v. 31, n. 1, p. 91–104, 2017; MICHAUX, Benôit, "Singularité Technologique, Singularité Humaine et Droit d'auteur." In **Droit, Normes et Libertés Dans Le Cybermonde**. Bruxelles: Larcier, 2018. p. 418.

3.3.2 Protection par un régime autonome

Le créateur intellectuel est la raison d'être et le protagoniste du régime juridique du droit d'auteur, au moins dans la tradition juridique de l'Europe continentale. L'application des règles de droit d'auteur faites pour les humains au système d'IA n'implique pas la dénaturation de ces règles, au contraire, elle aide à clarifier le sens et les limites de la protection conférée par le droit d'auteur au sens propre³².

Cependant, autor du droit d'auteur, le système connaît les droits voisins, à savoir celui du producteur du phonogramme et / ou du vidéogramme, des éditeurs de publications de presse pour l'utilisation en ligne (article 15 de la Directive (UE) 2019/790, non encore transposée dans non encore transposée dans le droit portugais) et des bases de données. Actuellement, bien que la loi portugaise ne interdise pas la création d'un droit voisin spécifique pour les œuvres générées de manière autonome par des intelligences artificielles³³, le développement de l'IA ne semble pas exiger un nouveau droit connexe, en plus de ceux que la loi prévoit déjà, sauf peut-être dans le domaine des arts plastiques (par exemple peinture, sculpture). Mais même dans le domaine de ce dernier, le travail de l'IA peut être assimilé au travail de la nature ou au travail généré par des animaux, qui ne sont protégés par le droit d'auteur, ni comme d'art aléatoire, sauf dans la mesure où l'animal est un élément du processus de création esquissé par l'auteur (humain)³⁴.

En outre, le Code civil spécifie comme cas de spécification «l'écriture, la peinture, le dessin, la photographie, l'impression, la gravure et autres actes similaires, réalisés avec l'utilisation d'autres matériaux» (art. 1338). Le fait que ces activités soient menées par IA n'empêche pas l'application du Code civil, qui distingue la spécification de bonne foi de la

³² LANA, Pedro de Perdigão, *Op. Cit.* 2020. p. 142-148

³³ Cependant, les États membres de l'Union européenne ne peuvent pas créer de nouveaux droits voisins nationaux, et il existe plusieurs exigences pour la création d'un nouveau droit connexe dans le droit d'auteur communautaire. Cf. RAMALHO, Ana, "Beyond the Cover Story – An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers", **IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 48, n. 1, p. 71-91, 2017.

³⁴ VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *op. Cit.*, 2001. p. 132.

spécification de mauvaise foi. Dans la première situation, la personne qui donne une nouvelle forme, à travers son travail, à une chose mobile appartenant à une autre personne, fait sienne la chose transformée, si elle ne peut pas être restaurée à sa forme originale ou ne peut être restaurée sans perdre la valeur créée par la spécification, ayant le propriétaire de la matière, dans ce dernier cas, le droit de conserver la chose, si la valeur de la spécification ne dépasse pas celle de la matière. En tout cas, si celui qui garde la chose est obligé de compenser l'autre de la valeur qui lui appartient (art. 1336). Dans la seconde situation, la chose spécifiée est restituée à son propriétaire dans l'état dans lequel elle se trouve, avec dommages et intérêts, sans que le propriétaire soit obligé d'indemniser le prescripteur, si la valeur augmentait de plus du tiers de la valeur de la chose spécifiée; si l'augmentation est plus élevée, le propriétaire de la chose doit remplacer ce qui excède ledit tiers (art. 1337).

Le cadre juridique actuel n'a pas empêché le développement de nouvelles technologies et, par conséquent, à notre avis, une harmonisation plus poussée au niveau européen ou international n'est pas encore nécessaire, sauf peut-être en ce qui concerne la protection des œuvres d'art générées par l'IA (par ex. logiciel créatif avec autonomie d'impression 3D). Mais, le droit connexe du producteur semble capable d'assurer un certain niveau de protection et de rémunération pour plusieurs productions de l'IA³⁵. En le combinant avec d'autres formes de monétisation caractéristiques de la société de l'information, en plus d'autres droits de propriété intellectuelle (tels que la concurrence déloyale et les secrets d'affaires), l'objectif de stimuler économiquement le développement de ce type de technologie semble être suffisamment rempli, sans qu'il soit nécessaire de modifier les éléments structurels du droit d'auteur.

BIBLIOGRAPHIE SUR LE DROIT D'AUTEUR AU PORTUGAL

AA.VV. - **Direito de autor**: que futuro na era digital? Lisboa : Guerra e Paz, 2016.

AA.VV - **Revista de Direito Intelectual**, APDI (2014-).

³⁵ RAMALHO, Ana, "Beyond the Cover Story – An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers." **IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law** 48/ (2017), p. 71–91.

AA.VV. – **Direito da Sociedade da Informação**, 10 vols., Coimbra Editora, 1999/2012.

AA.VV. - **Num Novo Mundo do Direito de Autor?** 2 Tomos, Cosmos, 1994.

AKESTER, Patrícia - **Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais**, Almedina, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992 - **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**, Almedina, 2001.

CORDEIRO, Pedro - **Direito de Autor e Radiodifusão**, Almedina, 2004.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Manual de Direito de Autor**, 3.^a ed. Almedina, 2020.

MELLO, Alberto de Sá e - **Manual de Direito de Autor**, 4-^a ed. Almedina, 2020 - **Contrato de Direito de Autor A autonomia contratual na formação do direito de autor**, Almedina, 2008.

PEREIRA, Alexandre L. Dias - **Direito da propriedade intelectual & novas tecnologias - Estudos**, vol. 1, Gestlegal, 2019 - **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. Almedina: Coimbra, 2008 - **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**, Coimbra Editora, 2001.

REBELLO, Luiz Francisco – **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado**, 3^a ed., Âncora, 2006 - **Introdução ao Direito de Autor**, Vol. I. D. Quixote: Lisboa, 1994.

RENDAS, Tito, SILVA, Nuno Sousa e - **O Direito de Autor nos Tribunais**, Lisboa, 2^a ed., UCP, 2019.

TRABUCO, Cláudia - **O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital**, Coimbra Editora, 2006.

VICENTE, Dário Moura – **A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual**, 2.^o ed. Almedina, 2019.

VIEIRA, José Alberto – **A Protecção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor**, Lex, 2005.

VITORINO, António de Macedo - **A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor**, Almedina, 2005.

Recebido: 28/01/2021

Aprovado: 13/03/2021

NAS FRONTEIRAS DA PI: OS DIREITOS PATRIMONIAIS SOBRE DADOS, UMA PERSPECTIVA EUROPEIA¹

At the Frontiers of IP: the property rights over data, a European perspective

Manuel David Masseno²

RÉSUMO:

Com a relevância económica crescente dos megadados, sobretudo por força da *Internet das Coisas* e da Inteligência Artificial, a dicotomia entre a informação livre e a apropriável em exclusivo por ser o resultado da atividade humana estruturada criativamente, a Propriedade Intelectual, já não basta. Consequentemente e desde os últimos anos do Século XX, a União Europeia tem procurado novas abordagens para além da PI, como as relativas à regulação das bases de dados não criativas ou o *saber-fazer* e os segredos comerciais, estando em debate a atribuição de direitos aos “criadores de dados não-pessoais”, pelo menos através da autorregulação, enquanto são procuradas alternativas

Palavras-chave: Autorregulação; dados não pessoais; Propriedade Intelectual; União Europeia.

ABSTRACT:

With the growing economic relevance of big data, especially due to the Internet of Things and Artificial Intelligence, the dichotomy between free information and information that can be appropriated exclusively because it is the result of creatively structured human activity, Intellectual Property, is no longer enough. Consequently and since the last years of the 20th Century, the European Union has been seeking new approaches beyond IP, such as those related to the regulation of non-creative databases or know-how and trade secrets, and the attribution of rights to “non-personal data creators” is under discussion, at least through self-regulation, while alternatives are sought.

Keywords: *Self-regulation; non-personal data; Intellectual Property; European Union.*

-
- ¹ Devido às limitações impostas ao número de páginas, este texto limita-se a reproduzir minha intervenção no Congresso. Assim, apenas acrescentei, em notas de rodapé, hiperligações para as Fontes citadas, enquanto o aparato bibliográfico foi reduzido ao mínimo, remetendo quase só para publicações minhas recentes e com versões acessíveis em aberto na Internet, nas quais constam referências mais completas.
 - ² Professor Adjunto de Direito Empresarial do IPBeja – Instituto Politécnico de Beja, em Portugal, lecionando sobretudo matérias de Direito Intelectual, de Proteção de Dados e de Cibersegurança em Graduação e Mestrado; no IPBeja, é também o Encarregado da Proteção de Dados e integra as Coordenações do Laboratório UbiNET – Segurança Informática e Cibercrime e do MESI – Mestrado em Engenharia de Segurança Informática. Pertence à EDEN – Rede de Especialistas em Proteção de Dados da Europol – Agência Europeia de Polícia e ao Grupo de Missão “Privacidade e Segurança” da APDSI – Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação, de Portugal. No Brasil, faz parte do Grupo de Trabalho de Direito Digital e *Compliance* da FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, assim como das Comissões de Direito Digital da Seção de Santa Catarina e da Subseção de Campinas, assim como à Comissão de Inovação, Gestão e Tecnologia da Subseção de Guarulhos, todas da Ordem dos Advogados do Brasil <<https://orcid.org/0000-0001-8861-0337>> / <masseno@ipbeja.pt>.

SUMÁRIO

1. O objeto: os dados não pessoais. **2.** A atribuição de direitos sobre dados não pessoais. **3.** Mas, afinal, o “direito dos produtores de dados” sobreviveu.... **4.** As outras vias perspectiváveis desde a “Propriedade Intelectual”. Referências.

1 O OBJETO: OS DADOS NÃO PESSOAIS

Desde há quase uma década, os dados, tanto os pessoais quanto os não pessoais, sobretudo se armazenados e tratado em massa (*Big Data* / Megadados), passaram a ser uma fonte essencial de valor económico. Um valor agregado que resultou das otimizações de recursos e das análises que permitem, inclusive de natureza preditiva, ao serem associados a algoritmos de Inteligência Artificial, designadamente pelo “aprendizado de máquina”.

Como é repetido *ad nauseam*, os dados foram qualificados como “o novo petróleo”, usando uma expressão cunhada por ocasião do Fórum Económico Mundial (*WEF* - Davos), em 2012. Embora a utilização generalizada, e em muitas ocasiões a despropósito desta metáfora, tenha levado o próprio *WEF* a marcar as diferenças em 2019, distinguindo claramente a informação, replicável um número indeterminado de vezes, de um recurso natural finito³.

Ainda em termos preliminares, é de recordar que, na União Europeia, vigoram dois Regulamentos com uma especial relevância para o nosso objeto: o Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares [naturais] no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) – RGPD, e menos conhecido Regulamento (UE) 2018/1807, de 14 de novembro de 2018, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia – RLFD⁴.

³ A propósito da “Economia dos Dados”, das suas bases tecnológicas e de como as Políticas Públicas e Atos Legislativos a têm procurado promover e enquadrar na União Europeia, remeto sobretudo para as primeiras páginas, com as correspondentes anotações no texto indicado como (2019b).

⁴ Para um acesso direto ao RGPD: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679> e também ao RFD: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>.

Como resulta do Direito Primário da União Europeia, o RGPD assenta no Direito Fundamental à “autodeterminação informativa”, enquanto projeção da “dignidade humana”⁵. Daí resultando que “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito”⁶ e, conseqüentemente, a apropriabilidade de dados pessoais está excluída, sendo estes dados qualificáveis como *res extra commercium*.

Não obstante, está garantido o “direito de portabilidade dos dados” pessoais, *rectius*, a possível transferência do seu tratamento dos dados para outro controlador, por iniciativa do “titular” e mantendo este todos os seus poderes e direitos, independentemente de existirem processadores ou outros destinatários dos dados⁷⁻⁸.

⁵ Precisamente, no Artigo 2.º do TUE – *Tratado da União Europeia*, em cujos termos “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.” e, ainda mais claramente, logo no Artigo 1.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, o qual assume que “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”, com prioridade sistemática até perante o “Direito à vida”, afirmado no Artigo 2.º. Uma versão consolidada e em Língua Portuguesa dos *Tratados* e da *Carta* está acessível neste endereço: <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html>.

⁶ Assim, o Artigo 16.º do TFUE - *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* e também, *ipsis verbis*, o Artigo 8.º da *Carta*, tal como ficaram depois do *Tratado de Lisboa*, assinado a 13 de dezembro de 2007 e em vigor desde 1 de dezembro de 2009.

⁷ Neste sentido, dispõe o Artigo 20.º do RGPD. Embora não possamos ignorar a possibilidade de monetização dos dados pessoais, como prevê, com limitações, o Artigo 3.º, n.ºs 1 e 8, da Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0770>. Entretanto, no dia 25 de novembro, já depois do XIV CODAIP, a Comissão Europeia apresentou a Proposta de Regulamento, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à governação de dados (Regulamento Governação de Dados) (COM(2020) 767 final / 2020/0340(COD) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0767>.

⁸ Sobre estas matérias, remeto para o meu estudo (2019b), e bem assim para as referências aí presentes.

Já o RLFD “aplica-se ao tratamento de dados eletrônicos que não sejam dados pessoais”⁹, excluindo também os “dados não pessoais” conexos, isto é, sempre que “os dados pessoais e não pessoais de um conjunto de dados estejam indissociavelmente ligados”, pois “o presente regulamento não prejudica a aplicação do Regulamento (UE) 2016/679”, nos termos do Artigo 2.º n.º 2 *in fine*.

Aliás, se o RGPD enuncia que “O presente regulamento não diz, por isso, respeito ao tratamento dessas informações anónimas, inclusive para fins estatísticos ou de investigação.” (Considerando 26 *in fine*), já o RLFD esclarece que a fronteira entre os dados pessoais e os dados não pessoais é móvel, ou movediça, dependendo do evoluir das tecnologias de anonimização e de (re)personalização, mas assumindo os controladores os riscos de desenvolvimento inerentes¹⁰:

“A internet das coisas, a inteligência artificial e a aprendizagem automática, que estão em expansão, representam grandes fontes de dados não pessoais, por exemplo, em consequência da sua utilização em processos automatizados de produção industrial. [Porém] Se os progressos tecnológicos permitirem transformar dados anonimizados em dados pessoais, esses dados devem ser tratados como dados pessoais, e o Regulamento (UE) 2016/679 deve ser aplicado em conformidade.” (Considerando 9)

⁹ Como consta no Artigo 2.º n.º 1, entendendo estes “na aceção do artigo 4.º, ponto 1, do Regulamento (UE) 2016/679” (Art.º 3.º n.º 1), incluindo todos os relativos a “pessoa [natural] identificável [e] é considerada identificável uma pessoa singular [natural] que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular [natural]”.

¹⁰ Para maiores desenvolvimentos, inclusive quanto às vias para a minimização dos riscos, sobretudo em termos preventivos, remeto para meu estudo (2020a), incluindo as correspondentes referências.

2 A ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS SOBRE DADOS NÃO PESSOAIS

Como ponto de partida incontroverso, temos que os dados, só por si, não são passíveis de serem o objeto de direitos de natureza exclusiva, de uma propriedade / *property*, em qualquer acepção do termo. O mesmo ocorre com as “informações”, entendendo estas como dados processados e dotados de sentido, com contexto, relevância e finalidade¹¹.

Dando continuidade uma metáfora que tenho por especialmente expressiva¹², no oceano dos dados não pessoais temos um arquipélago duplo, o dos regimes de “Propriedade Intelectual”. Os quais exigem, sempre e pelo menos, uma atividade criativa e apenas facultam respostas insulares. O que se verifica tanto em matéria de “Propriedade Industrial”¹³, quanto na do Direito de Autor¹⁴, e foi reiterado pelo *Acordo TRIPS*¹⁵, fez um quarto de século.

¹¹ A propósito destas questões, na Doutrina portuguesa, ainda é de grande utilidade o texto de Dário Moura Vicente, aqui referido, ainda que uma parte das suas conclusões estejam superadas pela evolução das Fontes, como seria sempre de esperar atendendo à aceleração enformando estas tecnologias e as respostas normativas que as tentam acompanhar.

¹² A qual orientou a minha comunicação à *Nordic Conference on Legal Informatics 2019*, realizada na Universidade da Lapónia em Rovaniemi, na Finlândia, em novembro de 2019, e, entretanto, publicada (**2020b**); embora uma versão maior e com referências para além das em Inglês já o houvesse sido antes em Língua Portuguesa, ainda que desprovida deste enquadramento metafórico (**2020a**).

¹³ Assim é, tanto na *Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial*, de 6 de março de 1883, e suas atualizações: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec22-1975.pdf>, quanto na *Convenção de Munique sobre a Patente Europeia*, de 5 de outubro de 1973: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec52-1991.pdf>.

¹⁴ Segundo a *Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Artísticas e Literárias*, de 9 de setembro de 1886, e suas atualizações: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec73-1978.pdf>, e bem assim no *Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor*, de 20 de dezembro de 1996: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/07/14600/0488904896.pdf>.

¹⁵ O *Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, Anexo 1 C ao Tratado de Marraquexe que cria a Organização Mundial do Comércio, seus anexos, decisões, declarações ministeriais e o Ato Final que consagra os resultados das negociações comerciais multilaterais do Uruguay Round*, de 15 de abril de 1994: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

O mesmo podemos concluir das iniciativas legislativas da União Europeia neste domínio. As quais, mesmo indo além dos limites marcados pelo *Acordo TRIPS*, só levaram a formação de marismas, com respostas parciais e inclusive movediças.

Antes de mais, temos a Diretiva das bases de dados¹⁶. A qual, mesmo não exigindo uma atividade criativa para a atribuição de um “direito *sui generis*” cujo objetivo, explícito

“[...] consiste em garantir a proteção de um investimento na obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo de uma base de dados durante o prazo limitado do direito.” (Considerando 40)

assume que, apenas

“[...] pretende salvaguardar a posição dos fabricantes de bases de dados relativamente à apropriação abusiva dos resultados do investimento financeiro e profissional realizado para obter e coligir o conteúdo, protegendo o conjunto ou partes substanciais da base de dados de certos atos cometidos pelo utilizador ou por um concorrente” (Considerando 39)

Consequentemente, é mantida a regra já aplicável às compilações de obras, ao excluir a acessão artificial dos dados, *maxime* das obras, constantes da base, pois

“[...] a existência de um direito de se opor à extração e/ou reutilização não autorizadas da totalidade ou de uma parte substancial de obras, de dados ou de elementos de uma base de dados não origina um novo direito sobre essas mesmas obras, dados ou elementos.” (Considerando 46)

¹⁶ Pelos Artigos 7.º a 11.º da Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:PT:HTML>.

Por sua vez, na Diretiva sobre o *saber-fazer* e os segredos de negócios comerciais¹⁷, além de desligar a matéria da Concorrência Desleal, a União Europeia pretendeu facultar um meio adicional de proteção dos interesses empresariais, mormente dos das pequenas e médias empresas. Pois, se

“A utilização de direitos de propriedade intelectual, como patentes, desenhos ou modelos ou direitos de autor, constitui um desses meios. Outro meio de apropriação dos resultados da inovação é a proteção do acesso e da exploração de conhecimentos valiosos para a entidade que não sejam do conhecimento geral. Esse valioso *know-how* e essas valiosas informações empresariais, que são confidenciais e que se pretende que permaneçam confidenciais, são designados como segredos comerciais.”

Para tanto, quase confere direitos exclusivos a quem qualifica como “titular do segredo comercial”, definindo-o como como “a pessoa singular ou coletiva [natural ou jurídica] que exerce legalmente o controlo de um segredo comercial”, pelo Artigo 2.º n.º 2.

Embora o faça com limitações tais que não permitem concluir da atribuição de direitos subjetivos sobre tais informações, sobretudo em função do disposto nos Artigos 3.º, 4.º e 5.º. Porém e mesmo que assim não fosse, os requisitos para a proteção de estas informações continuam sendo os já previstos no *Acordo TRIPS* e só estarão presentes em relativamente poucos casos¹⁸.

¹⁷ A Diretiva (UE) 2016/943, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0943>.

¹⁸ Especificamente, “a) serem secretas, no sentido de, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, não serem geralmente conhecidas pelas pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão, ou não serem facilmente acessíveis a essas pessoas; b) terem valor comercial pelo facto de serem secretas; [e] c) terem sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, para serem mantidas secretas pela pessoa que exerce legalmente o seu controlo”, como enuncia o n.º 1 do Artigo 2.º da Diretiva, replicando o Artigo 39.º n.º 2 do *Acordo TRIPS*.

Cumpra ainda acrescentar que, posteriormente e no âmbito do processo legislativo conducente à adoção do RLFD, a Comissão Europeia chegou a sugerir, entre outras de natureza contratual e como solução para os “dados gerados automaticamente”, a instituição de um “Direito dos produtores de dados”, entendido como ¹⁹

“[...] o direito de utilizar, e autorizar a utilização, de dados não pessoais poderia ser concedido ao «produtor de dados», ou seja, o proprietário ou utilizador a longo prazo (ou seja, o locatário) do dispositivo. Esta abordagem visaria esclarecer a situação jurídica e permitir um maior grau de escolha ao produtor de dados, dando aos utilizadores a possibilidade de utilizar os respetivos dados e, assim, contribuir para o desbloqueio dos dados gerados automaticamente. No entanto, haveria que especificar claramente as exceções aplicáveis, nomeadamente o fornecimento de acesso não exclusivo aos dados pelo fabricante ou pelas autoridades públicas, por exemplo para a gestão do tráfego ou por razões ambientais.”

No entanto, porque não houve um acolhimento favorável por parte dos potenciais interessados, o RLFD omite uma tal possibilidade²⁰.

3 MAS, AFINAL, O “DIREITO DOS PRODUTORES DE DADOS” SOBREVIVEU...

Efetivamente e na sua versão final, o RLFD limita-se a colocar os parâmetros necessários para garantir a “portabilidade dos dados” dos dados não pessoais. Aliás e apesar das ambições iniciais presentes na Proposta, a efetividade das novas regras acaba por depender da autorregulação interprofissional e da adoção de códigos de conduta, embora o Regulamento determine uma atuação proativa da Comissão Europeia

¹⁹ Precisamente, na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Construir uma economia europeia dos dados” (COM(2017) 9 final, de 10 de janeiro de 2017 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0009>).

²⁰ Sobre as diversas questões tratadas neste ponto, remeto para as considerações e múltiplas referências de meu estudo (2019a).

para a desencadear, no seu Artigo 6.º. Em termos metafóricos, apenas ficou uma... jangada.

Não obstante e até antes sua adoção, foi elaborado e assinado o *Código de Conduta sobre a partilha de dados agrícolas através de acordos contratuais na União Europeia*²¹. O qual foi assinado em Bruxelas, a 23 de abril de 2018, com o beneplácito do então Comissário Europeu para a Agricultura, Paul Hogan, e envolvendo a generalidade organizações profissionais e empresariais do Agronegócio, mesmo para além da agricultura em sentido restrito²².

Aliás, a iniciativa resultou da circunstância de este setor estar entre os mais avançados e carecidos de regulação nestas matérias, como explícita o próprio RLFD:

“A internet das coisas, a inteligência artificial e a aprendizagem automática, que estão em expansão, representam grandes fontes de dados não pessoais [...]. Exemplos concretos de dados não pessoais incluem conjuntos de dados agregados e anonimizados utilizados para a análise de grandes volumes de dados, os dados relativos à agricultura de precisão que podem ajudar a controlar e a otimizar a utilização de pesticidas e de água.” (Considerando 9)

²¹ O qual não está disponível em Língua Portuguesa, mas pode ser consultado em Inglês: https://cema-agri.org/images/publications/brochures/EU_Code_of_conduct_on_agricultural_data_sharing_by_contractual_agreement_2020_ENGLISH.pdf.

²² Designadamente, o *Código de Conduta* foi subscrito por entidades de alcance geral, como o Comité das Organizações Profissionais Agrícolas / Comité Geral da Cooperação Agrícola da União Europeia (COPA–COGECA) <https://copa-cogeca.eu/Menu.aspx> ou o Conselho Europeu de Jovens Agricultores (CEJA) <https://www.ceja.eu/home>, mas também por setoriais, tais como a Associação Europeia de Máquinas Agrícolas (CEMA) <https://www.cema-agri.org/> ou o Centro de Ligação Internacional dos Vendedores e Reparadores de Maquinaria Agrícola (CLIMMAR) <https://www.climmar.com/>, a Organização Europeia de Prestadores de Serviços Agrícolas, Rurais e Florestais (CEETAR) <https://www.ceetar.eu/>, a Associação Europeia de Proteção de Culturas (ECPA) <https://croplifeurope.eu/>, a *Fertilizers Europe* <https://www.fertilizerseurope.com/>, a, agora, *Euroseeds* <https://www.euroseeds.eu/>, o Fórum Europeu de Criadores de Animais (EFFAB) <https://www.effab.info/>, a Federação Europeia de Produtores de Rações (FEFAC) <https://fefac.eu/> ou ainda a *AnimalhealthEurope* <https://www.animalhealtheurope.eu/>.

No que se refere aos seus conteúdos essenciais e em consonância com o RLFD, o *Código de Conduta* assume uma observância voluntária por parte dos associados das entidades signatárias, consistindo sobretudo num repositório das “melhores práticas”, desde em perspectiva interprofissional consensualizada.

Quanto ao que mais no importa, temos que o mesmo tem por referência os “criadores de dados” (“data originators” / “owners”), isto é, “[...] the person or entity that can claim the exclusive right access to the data and control its downstream use or re-use”. Uma criação que pode ocorrer de um modo direto ou por encomenda a terceiros.

Consequentemente, os dados produzidos em cada exploração agrícola pertencem ao respetivo empresário, devendo este beneficiar de todas as utilizações derivadas que vierem a ocorrer. Embora, as diversas indústrias, a montante ou a jusante da exploração, também sejam consideradas como “criadores de dados”, mas nos respetivos âmbitos de atuação.

Por sua vez, os contratos celebrados devem salvaguardar o sigilo de todas as informações sensíveis sobre a exploração, assim como os direitos de propriedade intelectual ou sobre bases de dados não criativas envolvidos. Por isso mesmo, o acesso aos dados só é lícito através de acordos explícitos, expressos e informados com os “criadores de dados”, conforme ao definido contratualmente.

Além de ficar estabelecido que os “criadores de dados” não os cedem em exclusivo, salvo cláusula em contrário, e poderão sempre usá-los nas suas explorações. Nos mesmos termos, os “criadores de dados” poderão mudar de prestador de serviços de armazenamento e tratamento dos dados, concretizando assim a respetiva portabilidade. Porém, esta portabilidade deverá sempre salvaguardar as informações técnicas e os direitos intelectuais de terceiros, designadamente dos fornecedores de fatores de produção agrícolas, como máquinas, sementes ou agrotóxicos.

Finalmente, os contratos não poderão ser modificados sem acordo dos “criadores de dados”. Em especial, no caso de haver um compartilhamento ou transmissão dos dados a terceiros, não previstas no contrato, os “criadores de dados” poderão opor-se, inclusive rescindindo o vínculo.

Além de o contrato dever ser explícito e detalhado em matéria de responsabilidades, designadamente quanto à segurança dos dados.

4 AS OUTRAS VIAS PERSPECTIVÁVEIS DESDE A “PROPRIEDADE INTELECTUAL”

Para terminar e de um modo muito breve, é necessário ter presente as atribuições de direitos de “Propriedade Intelectual” nos domínios da agrobiodiversidade e das biotecnologias agrícolas, as quais podem servir de referência para regulações. Aliás, as europeias respeitantes às variedades vegetais são expressamente mencionadas pelo *Código de Conduta* antes abordado.

Assim, no que se refere ao retorno financeiro para os “produtores dos dados”, temos a *Convenção sobre a Diversidade Biológica* (CDB)²³, de 1992. Como é geralmente sabido, este instrumento internacional procura de garantir os interesses das comunidades [indígenas e] locais quanto à exploração por terceiros de recursos genéticos, e dos conhecimentos tradicionais com eles relacionados, em mão-comum, e não propriamente de direitos subjetivos atribuídos aos agricultores, mesmo tratando-se duma “espécie domesticada ou cultivada”, Artigo 2.º. Quase duas décadas depois e nesta matéria, a CBD foi concretizada pelo *Protocolo de Nagoya*²⁴, já implementado na União Europeia²⁵.

²³ Na *Convenção sobre a Diversidade Biológica*, a qual foi assinada no Rio de Janeiro, a 6 de junho de 1992, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a qual ficou também conhecida por *Cimeira / Cúpula da Terra ou por Eco-92* <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec21-1993.pdf>, sendo de nosso especial interesse o dispostos nos Artigos 1.º *in fine* e 15.º.

²⁴ Por extenso *Protocolo sobre o acesso a recursos genéticos e a partilha justa e equitativa dos benefícios provenientes da sua utilização*, assinado em Nagoya, a 29 de outubro de 2010, o qual veio completar a *Convenção CDB* <https://dre.pt/application/conteudo/106589745>.

²⁵ Por força do Regulamento (UE) n.º 511/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo às medidas respeitantes ao cumprimento pelo utilizador do Protocolo de Nagoya relativo ao acesso aos recursos genéticos e à partilha justa e equitativa dos benefícios decorrentes da sua utilização na União <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0511>, completado pelo Regulamento de execução (UE) 2015/1866 da Comissão, de 13 de outubro de 2015, que

Mais longe e prevendo os “direitos dos agricultores”, incluindo o “direito de participar equitativamente na partilha dos benefícios resultantes da utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura”, vigora o *Tratado da FAO sobre os Recursos Fitogenéticos*²⁶.

Por outro lado, temos a atribuição de direitos de reutilização nos próprios processos produtivos, como os presentes na *Convenção UPOV*²⁷, e no Regulamento europeu sobre as variedades vegetais²⁸, dos quais constam o denominado “privilégio do agricultor”.

E ainda temos um “outro privilégio do agricultor”, o previsto na Diretiva europeia sobre as invenções biotecnológicas²⁹, não só permitindo “utilizar o produto da sua colheita para proceder, ele próprio, à reprodução ou multiplicação na sua exploração”, como também a “disponibilização do animal ou de outro material de reprodução animal para a prossecução da sua atividade agrícola mas não a venda”, oponíveis ao titulares dos direitos de patente, no seu Artigo 11.º, n.ºs 1 e 2³⁰.

estabelece normas de execução do Regulamento (UE) n.º 511/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita ao registo de coleções, à monitorização do cumprimento pelos utilizadores e às boas práticas <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015R1866>.

²⁶ Mais precisamente, no Artigo 9.º do *Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura*, da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), aprovado em Roma, a 3 de novembro de 2001 <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec22-2005.pdf>.

²⁷ Assim, o Artigo 15.º n.º 3 da *Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais*, da União para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV), aprovada em Paris, a de 2 dezembro de 1961, com a redação resultante desde o *Ato Adicional*, assinado em Genebra, a 19 de março de 1991 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005D0523>

²⁸ No Art.º 14.º do Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho, de 27 de julho de 1994, relativo ao regime comunitário de proteção das variedades vegetais <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31994R2100>.

²⁹ A Diretiva 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 1998, relativa à proteção jurídica das invenções biotecnológicas <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998L0044>.

³⁰ Relativamente aos assuntos tratados neste ponto, remeto também para as considerações e referências de meu estudo (2019a).

REFERÊNCIAS

MASSENSO, Manuel David. **Los datos no personales en las nuevas reglas europeas y su relevancia para los agricultores – Una Guía para el Estudio**. Revista di diritto agrario. A. XCVIII – 3 (2019), pp. 586-613; também em RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (Org.). Marco Jurídico de la Ciencia de Datos. Valencia: Tirant lo Blanc, 2020, pp. 301-329; no Brasil fora publicado em Campo Jurídico: Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito, 7-2 (2019), pp. 122-144 <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/549> (2019a)

MASSENSO, Manuel David. **Como a União Europeia procura proteger os cidadãos-consumidores em tempos de Big Data**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM 14(3):41708 (2019) <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/41708>>; também em MARTINS, Guilherme Magalhães e LONGHI, João Victor Rozatti (Org.). Direito digital: direito privado e Internet (2020). 3.^a Ed. São Paulo: FOCO, pp. 409-428 (2019b)

MASSENSO, Manuel David. **Na borda: dados pessoais e dados não pessoais nos dois Regulamentos da União Europeia**. Cyberlaw by CIJIC, n. 9 (2020), 2020 (a) <https://www.cijic.org/wp-content/uploads/2020/04/II_Na-Borda-Dados-Pessoais-e-nao-Pessoais-nos-2-regulamentos-da-UE_MDMasseno.pdf>; também em Marcos WACHOWICZ, Marcos (Org.). Proteção de Dados em Perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado. Curitiba: GEDAI / UFPR (2020), pp. 126-145 (2020a).

MASSENSO, Manuel David. **On the waterfront: personal and non-personal data at both EU Regulations**. CARVALHO, Maria Miguel (Org.). E.Tec Yearbook - Artificial Intelligence & Robots. Braga: JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação (2020), pp. 203-2012 <<https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/anuario-etec-2020-2/>> (2020b)

VICENTE, Dário Moura. **A informação como objecto de direitos**. Revista de Direito Intelectual I (2014), pp. 115-129.

Todas as hiperligações foram conferidas no dia 12 de janeiro de 2021.

Recebido: 15/01/2021

Aprovado: 28/02/2021

RRDDIS

BLOCKCHAIN, BIG DATA E DIRITTO D'AUTORE

Blockchain, Big Data and Copyright

Claudia Sandei¹

SINTESI:

Il lavoro analizza il potenziale impatto della *blockchain* sulla gestione del diritto d'autore e connessi, a partire dalla sua attribuzione fino alla cessione all'utente finale dell'opera creativa, passando per il sistema delle licenze. Muovendo da una ricostruzione accorta delle potenzialità e dei limiti dei sistemi distribuiti con riguardo alle nuove dinamiche imposte dalla digitalizzazione dei contenuti creativi, si giunge infine a sostenere la necessità di un approccio concreto e sistematico per una valorizzazione effettiva dei principi autorali, pur nel rinnovato contesto tecnologico.

Parole chiave: Blockchain; Copyright; Token; Authenticity; Digital Evidence.

ABSTRACT:

The paper analyzes the potential impact of blockchain on the management of copyright and related rights, from its attribution to the transfer to the end user of the creative work, through the licensing system. Starting from a careful reconstruction of the potentialities and the limits of distributed systems with regard to the new dynamics imposed by the digitization of creative contents, we finally come to argue the need for a concrete and systematic approach for an effective valorization of authorial principles, even in the renewed technological context.

Keywords: Blockchain; Copyright; Token; Authenticity; Digital Evidence.

¹ Prof. associato di diritto commerciale e diritto delle nuove tecnologie dell'Università di Padova. E-mail: claudia.sandei@unipd.it.

SOMMARIO

1. Introduzione. La *blockchain* oltre l'*hype* – **2.** La prova della creazione e la c.d. notarizzazione: limiti e soluzioni alternative – **3.** *IP-(block)chain*, tracciabilità e certezza dell'acquisto – **4.** Standardizzazione e automazione nella prospettiva della Direttiva europea sul diritto d'autore nel mercato unico digitale – **5.** Sistemi tecnologici di protezione, *smart contracts* e proprietà digitale – **6.** *Crypto-art*: nuove forme espressive e nuovi mercati **7.** Conclusioni di metodo alla luce dell'esperienza cinese. List of References.

1.– In molti avranno probabilmente notato come sia diventato sempre più difficile riuscire a sfogliare una rivista giuridica, sia essa di diritto privato o pubblico, italiana o straniera, senza imbattersi, almeno una volta, nella parola “*blockchain*”².

La circostanza, di per sé, è positiva e merita certamente apprezzamento nella misura in cui denota un interesse crescente da parte dei giuristi, anche meno giovani, per i temi posti dalle tecnologie emergenti. I *report* curati a vari livelli, d'altronde, testimoniano da tempo la pervasività assoluta del fenomeno³: se infatti la finanza resta il settore nel quale si

² Per una definizione legale di *blockchain* si veda l'art. 1, lett. a) del decreto delegato della Repubblica di S. Marino del 27 febbraio 2019 n. 37 “Norme sulla tecnologia *blockchain* per le imprese”, che la descrive come «un Registro Distribuito composto da blocchi di transazioni validate e confermate, organizzati in una catena sequenziale alla quale possono essere solamente aggiunti nuovi blocchi attraverso l'impiego di connessioni basate su funzioni crittografiche di *hash* o tecnologie equivalenti progettato per essere in grado di resistere alle manomissioni e di fornire un archivio immutabile delle transazioni ivi registrate». Definizioni simili sono state adottate, fra l'altro, anche in Bielorussia (Allegato 2 al decreto n. 8 del 21 dicembre 2017), Arizona (Electronic Transaction Act No HB2417 del 29 marzo 2017) e Vermont (Blockchain Business Development Senate Bill 269 del 30 maggio 2018).

³ BOUCHER, P. **How Blockchain can change our lives**, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA\(2017\)581948_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_EN.pdf); EUBOF, **Blockchain Innovation in Europe**, 2018, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20180727_report_innovation_in_europe_light.pdf; EUBOF, **Convergence of Blockchain, AI and IoT**, 2020, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/report_convergence_v1.0.pdf. Con riguardo specifico alla situazione italiana si

registrano i maggiori investimenti, è evidente il tentativo di imprese e istituzioni di estendere l'utilizzo della *blockchain* ad ogni ambito della vita sociale e, soprattutto, dell'economia⁴. Ciò sul presupposto, o bisognerebbe dire in forza dell'assunto, che l'adozione della tecnologia in parola possa efficientare i relativi processi di produzione, gestione e scambio delle informazioni.

In questa prospettiva, uno dei temi in assoluto più ricorrenti, tanto negli studi giuridici, soprattutto in lingua straniera, quanto nelle analisi empiriche e di supporto strategico predisposte dalle istituzioni (in senso ampio) europee, è quello che concerne la gestione distribuita dei diritti di proprietà industriale e, in particolare, del/dei diritto/i d'autore⁵.

L'avvento della digitalizzazione e con essa di nuove forme di fruizione e circolazione, oltre che di produzione, dei contenuti creativi ha infatti sollecitato la necessità di ripensare il sistema della tutela autorale,

veda da ultimo lo studio dell'OECD in collaborazione con il MiSE curato da BIANCHINI, M.; KWON, I., **Blockchain per Start-up e PMI in Italia**, 2020, p. 26 ss. (<https://www.oecd.org/italy/blockchain-per-le-pmi-e-gli-imprenditori-in-italia-bdbbb4ea-it.htm>)

- ⁴ Basti qui solo ricordare, fra le tante misure di sostegno specifico adottate di recente dal MiSE, il Bando "*Digital Transformation*" indetto con decreto direttoriale 1 ottobre 2020 ed il "Programma di supporto alle tecnologie emergenti 5G" di cui al d.m. 26 marzo 2019.
- ⁵ DIEGA, G. Noto La, *Can Permissionless Blockchains be Regulated and Resolve some of the Problems of Copyright Law?*, in RAGNEDDA, M.; DESTEFANI, G. s (curs.), **Blockchain and Web 3.0.: Social, Economic, and Technological Challenges**, Routledge 2020, p. 30 ss.; FINCK, M.; MOSCON, V., **Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0**, in 50 *IIC*, 2019, p. 77 ss.; TAM, T.N.L., *Music Copyright Management on Blockchain: Advantages and Challenges*, in 29 (3) **Alb. L.J. Sci. & Tech.**, 2019, p. 202 ss.; KIEMLE, M., *Blockchain and Copyright Issues*, 4iP Council, 2019; A. SAVELYEV, *Copyright in the blockchain era: promises and challenges*, in 34 **Comput. Law Secur. Rev.**, 2018, p. 557 ss.; BODO, B.; GERVAIS, D.; QUINTAIS, J.P., *Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?*, in 26 **Int. J. Law & Inf. Techn.**, 2018, p. 311 ss.; TRESISE, A.; GOLDENFEIN, J.; HUNTER, D., *What Blockchain Can and Can't Do for Copyright*, in 28 **AIPJ**, 2018, p. 144 ss.; PONS, J., *Blockchains and smart contracts in the culture and entertainment business*, in **Annales des Mines-Réalités industrielle**, 2017, 3, pp. 1 ss.; WAIGNIER, C., **Blockchains et smart contracts: premiers retours d'expérience dans l'industrie musicale**, *ivi*, p. 46 ss.; BELL, T.W., *Copyrights, Privacy, and the Blockchain*, in 42 **Ohio Northern University L. Rev.**, 2016; p. 439 ss.; Molto più recente e meno abbondante la letteratura italiana: FREZZA, G., *Blockchain, autenticazioni e arte contemporanea*, in **D. fam. e persone**, 2020, p. 489 ss.; MOSCON, V., *Tecnologie blockchain e gestione digitale del diritto d'autore e connessi*, in **D. ind.**, 2020, p. 137 ss.

sia sotto il profilo giuridico che degli strumenti tecnici, al fine di sostenere l'industria creativa e di rafforzare, in particolare, la posizione degli artisti, tanto all'interno della filiera distributiva, quanto all'esterno avverso eventuali atti illeciti da parte di terzi. Si spiegano così le tante riforme varate in materia nell'ultimo ventennio, a cominciare dall'introduzione delle misure tecnologiche di protezione (art. 102-*quater* l.d.a. nella modifica introdotta dal D. lgs. 9 aprile 2003, n. 68, in attuazione della direttiva 2001/29/CE, c.d. Direttiva InfoSoc)⁶, passando per il riammodernamento del sistema delle *collectives* (Dir. 2014/26/UE)⁷, fino alla recente direttiva europea sulla tutela del diritto d'autore nel mercato unico digitale (Dir. 2019/790/UE), per arrivare, ora, all'ipotesi da più parti ventilata di una gestione in *blockchain* dei diritti⁸.

⁶ In argomento FRANZOSI, M., *Misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore* (art. 102-*quater* L.A.), in **R. d. ind.**, 2016, p. 544; SPEDICATO, G., *Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore nella normativa italiana e comunitaria*, in **Cyberspazio e diritto**, 2006, p. 535 ss.

⁷ SARTI, D., *L'abrogazione del monopolio SIAE* (art. 180 l.a.) nel contesto dell'attuazione della direttiva collecting, in **Nuove l. civ. comm.**, 2018, p. 1057 ss.; Id., *Collecting societies e potere monopolistico nell'analisi economica del diritto statunitense*, in **G. comm.**, 2020, p. 23 ss.

⁸ Come noto, l'altro tema fondamentale su cui si discute oggi nell'ottica dell'evoluzione in chiave tecnologica del diritto autorale e, più in generale, del sistema della proprietà industriale, è quello che concerne la c.d. creatività computazionale (per qualche riferimento, senza pretesa di completezza, v. ALLAN, J.E.M. (ed.), **Trends and Developments in Artificial Intelligence, Challenges to the Intellectual Property Rights Framework**, Final report, 2020, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-0>; G. FROSIO, *Copyright – Is the machine an author?*, in CAPPELLO, M. (ed.), **Artificial intelligence in the audiovisual sector**, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, 2020, <https://rm.coe.int/iris-special-2-2020en-artificial-intelligence-in-the-audiovisual-secto/1680a11e0b>, p. 87 ss.; GERVAIS, D., *The Machine As Author*, in 105 **Iowa L. Rev.**, 2020, p. 2053; MEZEL, P., **From Leonardo to the Next Rembrandt – The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms**, in UFITA, 2020, 2, *ssrn.com*; MARGONI, Th., *Artificial Intelligence, Machine Learning and EU Copyright Law: Who Owns AI?*, in **AIDA**, 2018, p. 281, ove sono disponibili molti altri saggi in materia). Sulla scia dei primi casi giurisprudenziali, da ultimo è finalmente intervenuto anche il Parlamento Europeo, con alcune linee guida contenute in un'apposita Risoluzione pubblicata il 20 ottobre 2020 sui *"Diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale"* (2020/2015(INI)).

Va da sé che, per quanto l'intelligenza artificiale e la *blockchain* riposino in definitiva sugli algoritmi, si tratta di tecnologie funzionalmente lontane, per cui anche la problematica giuridica che ne scaturisce non può che essere diversa. Nel senso che, mentre la *blockchain* ha un'incidenza sulle modalità di gestione della proprietà, in questo caso

Rinviando ad un momento successivo l'analisi delle singole argomentazioni portate a sostegno della proposta da ultimo menzionata e dei progetti che ne sono derivati, quel che appare essenziale rimarcare subito con forza è che la tecnologia *blockchain* manifesta, al di là del fascino della novità che essa rappresenta, una specificità di vocazione e di collocazione, nel contesto dei fenomeni digitali, che dovrebbe suggerire una certa prudenza nella sua applicazione indifferenziata. Il legame originario con i *bitcoin*, invero, non è – come alcuni vorrebbero far credere – occasionale. Certo la *blockchain* può offrire opportunità ulteriori al mero scambio di valuta digitale, ma questo non autorizza a farne la panacea di ogni male, e segnatamente (per quel che qui interessa) di ogni problema sin qui emerso nel settore del diritto d'autore, quasi si trattasse di una sorta di parola magica⁹.

Ciò è tanto più vero se si considera che la *blockchain* individua una fenomenologia complessa all'interno della quale convivono diverse *species*¹⁰. Per cui già solo discorrere dell'utilità della *blockchain* (al singola-

intellettuale, l'intelligenza artificiale va a toccare il meccanismo stesso di attribuzione del diritto. Al di là di questa precisazione, sarebbe tuttavia un errore considerare le due linee di ricerca come del tutto autonome e indipendenti l'una dall'altra: sia per quanto si dirà a proposito della *crypto-art* (*infra* par. 6), sia soprattutto perché entrambe le tecnologie sollecitano una riflessione sulla capacità dell'attuale quadro normativo di proteggere e stimolare adeguatamente la creatività e quindi gli investimenti in questo settore. Sulla necessità di intendere il processo di modernizzazione del diritto d'autore in termini non già solo di mero adeguamento, si v. BERTONI, A.; MONTAGNANI, M. L., *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari Internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in **D. informaz. e informatica**, 2015, p. 111 ss.

⁹ Sulle ragioni e le tappe di quello che viene evocativamente definito il “*blockchain dream*”, v. BAYM, N.; SWARTZ, L.; ALACORN, A., *Convening Technologies: Blockchain and the Music Industry*, in **13 Int. J. of Communication**, 2019, p. 405 e ss.

¹⁰ Come noto gli elementi di differenziazione tra le varie tipologie di *blockchains* riguardano primariamente *i*) le modalità con cui si “governa” il controllo e la verifica delle azioni di scrittura sul Registro e *ii*) le modalità e il tipo di Consenso necessari per validare queste azioni. Senza addentrarsi in tecnicismi eccessivi, vale la pena sottolineare che non si tratta semplicemente di distinguere tra sistemi pubblici o privati, *permissioned* o *permissionless*, perché vi sono molteplici altre opzioni intermedie che si possono configurare, a partire dalla variante del *consortium* (EUBOF, **Governance of and with blockchains**, 2020, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_governance_v1.0_0.pdf). E parimenti anche i meccanismi di validazione (*proof of work* o *proof of stake*) possono variare e subire adattamenti suscettibili di incidere sul livello di affidabilità della rete. AA. VV., **Study on Blockchains - Legal, governance and interopera-**

re) implica una generalizzazione del discorso potenzialmente foriera di equivoci¹¹. E comunque, al di là di tutto, se l'idea di partenza è quella di incrementare l'efficacia del sistema giuridico grazie all'ausilio informatico, è chiaro che l'aspetto tecnico non può essere relegato ai margini della riflessione, dovendo al contrario quest'ultima concentrarsi proprio sulla progettazione di un'architettura che sia al contempo sostenibile a livello infrastrutturale ed efficace sul piano giuridico¹².

La necessità di una valutazione puntuale, su entrambi i versanti (tecnico e giuridico), risulta particolarmente cruciale soprattutto allorché si ragiona di riformare un settore, come quello del diritto d'autore, all'interno del quale trovano riconoscimento e tutela fenomeni, sotto vari aspetti, oggettivamente diversi. Ragion per cui è logicamente improbabile che un'unica tecnologia (nello specifico la *blockchain*) possa servire allo stesso modo e con gli stessi effetti tutti i prodotti della creatività, siano essi digitali (come una fotografia) o analogici (come una scultura), destinati ad una fruizione di massa (come una traccia audio) ovvero all'opposto capaci di generare profitto proprio in quanto rari pezzi unici (come un dipinto).

Sotto altra prospettiva, sempre d'insieme ma più generale, bisogna da ultimo ricordare che la *blockchain* costituisce una tecnologia essenzialmente multifunzione, potendosi definire a un tempo sia un "database"

bility aspects (SMART 2018/0038), 2020, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-blockchains-legal-governance-and-interoperability-aspects-smart-20180038>. Per un esempio chiaro e puntuale delle dinamiche tecniche e delle scelte strategiche che da queste discendono, si leggano le considerazioni sottese al modello teorizzato da un gruppo di studiosi guidato da KAPSOU LIS, N., *Consortium Blockchain Smart Contracts for Musical Rights Governance in a Collective Management Organizations (CMOs) Use Case*, in 12 **Future Internet**, 2020, p. 134 ss.

¹¹ Cfr. DIEGA, G. Noto La, *Can Permissionless Blockchains be Regulated and Resolve some of the Problems of Copyright Law?*, cit., p. 33, che ricorda come «the blockchain does not exist; there are several different types of blockchains, each with different legal issues».

¹² Al di là dei profili strutturali di cui alla nota precedente, un altro aspetto sul quale occorrerebbe riflettere al fine di inquadrare compiutamente la relazione fra *blockchain* e tutela autorale, e che invece risulta quasi del tutto trascurato dalla dottrina specialistica, è quello che riguarda la tutela della riservatezza nei registri condivisi; tema evidentemente cruciale, almeno per determinati *asset* di particolare pregio e/o per taluni investitori (BOOKOUT, J., *A Brief Introduction to Digital Art & Blockchain*, in 37 (3) **Cardozo Arts & Ent. L.J.**, 2019, p. 558).

utile alla registrazione di dati, sia un “*network*” di scambio fra più utenti tra loro legati in modo orizzontale e senza vincoli gerarchici. Con l’effetto che anche l’intersezione con il sistema autorale non può che svolgersi lungo una struttura *multilayer*, dovendosi al riguardo distinguere tre piani di indagine, rispettivamente corrispondenti alle fasi in cui si dipana il “ciclo di vita” della privativa: cominciando dalla sua attribuzione (v. *infra* par. 2), passando per la circolazione del diritto di sfruttamento economico (v. *infra* parr. 3, 4 e 6), fino alla cessione dell’opera all’utente finale (v. *infra* par. 5).

Le dimensioni di questo lavoro, evidentemente, non consentono di affrontare nel dettaglio tutte le molteplici questioni in cui si estrinseca questa complessa e articolata relazione. Alcune precisazioni, per così dire di sistema, tuttavia si impongono, al fine di indirizzare la ricerca giuridica verso una visione più organica e consapevole che sia d’aiuto e sostegno concreto all’innovazione d’impresa. Attraverso un esame critico delle posizioni espresse dalla dottrina si cercherà allora di far luce su quali siano, a conti fatti, le reali potenzialità delle tecnologie distribuite, per una ridefinizione in chiave moderna del sistema autorale.

2. – Andando nell’ordine, sul piano della nascita stessa del diritto, il primo e più ricorrente argomento portato dai sostenitori dell’applicazione delle tecnologie distribuite nel campo della proprietà intellettuale è quello che vede nella *blockchain* uno strumento capace di facilitare la dimostrazione della paternità delle opere. In breve, grazie al meccanismo crittografico che assicura l’immutabilità dei record e alla natura pubblica della rete, si giunge alla conclusione per cui la *blockchain* offrirebbe agli autori la possibilità di registrare semplicemente le proprie creazioni e ottenere così evidenza immediata dei propri diritti. Dopo di che, chiunque potrebbe accedere alla rete e verificare “l’autenticità” di un’opera¹³.

¹³ NASCIMENTO, S.; PÓLVORA, A. (eds), **Blockchain Now And Tomorrow: Assessing Multidimensional Impacts of Distributed Ledger Technologies**, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2019, p. 78; BELL, T.W. , **Copyrights, Privacy, and the Blockchain**, cit., p. 465;

In questa prospettiva, si fa ulteriormente notare come, nella misura in cui la tecnologia è in grado di vanificare nella sostanza il ruolo delle autorità centrali, operando come una sorta di “*trust machine*”, la *blockchain* potrebbe anche favorire il superamento della parcellizzazione ad oggi riscontrabile a livello internazionale, per cui di fatto – pur nel rispetto dei principi comuni stabiliti nella Convenzione di Berna – ogni ordinamento ha il proprio sistema di gestione della proprietà intellettuale. In Italia, per esempio, la legge sul diritto d’autore (art. 103 l.d.a) rimette alla SIAE il compito di determinare le procedure di accesso al registro nazionale e le modalità di conservazione delle opere, attribuendo per effetto alle registrazioni curate da quest’ultima (e solo a queste) uno specifico valore probatorio.

Concepita in questi termini, la proposta parrebbe di portata rivoluzionaria e quindi assolutamente degna di essere perseguita, tanto più che per realizzarla “basterebbe” creare una *blockchain* nativa totalmente aperta (pubblica e *permissionless*). Tuttavia, una più attenta considerazione dei meccanismi di funzionamento della *blockchain*, oltre che del diritto della proprietà intellettuale, suggerisce di usare prudenza nelle conclusioni.

Qualcuno potrebbe infatti giustamente obiettare che la *blockchain* non è altro che uno strumento di documentazione e come tale non può di per sé certificare alcunché, a parte che il dato, quale che sia, non ha subito modificazioni *nella blockchain* stessa, cioè dopo il suo inserimento. Il problema, che gli esperti sono soliti racchiudere nell’espressione funzionale “*Garbage in, Garbage out*” (GIGO), rappresenta un’insidia concettuale e al contempo un limite strutturale difficilmente superabile. Almeno con riguardo a quelle situazioni, fra cui andrebbero annoverati anche i fenomeni creativi coperti dal diritto d’autore, che non possono essere rilevati in modo assolutamente oggettivo. Certo, si può pensare che in futuro l’evoluzione tecnologica porterà a realizzare strumenti (di scrittura, pittura, composizione musicale, etc.) dotati di un sistema di *monitoring* delle attività capaci di registrare in modo autonomo direttamente sulla *blockchain* il momento ed eventualmente il luogo in cui è avvenuta la creazione di un’opera (anche non digitale).

Tuttavia, quand’anche ciò accadesse, resterebbe sempre irrisolto (e irrisolvibile) il problema della verifica della paternità, sia per la difficoltà

di ricollegare su base oggettiva il processo creativo ad un soggetto (salvo forse il caso delle opere dell'intelligenza artificiale, ammesso che gli algoritmi possano essere identificati come autori, v. *supra* nota 7) e sia soprattutto per la natura essenzialmente volontaria dell'atto di assunzione/rivendicazione della paternità¹⁴.

Con la conseguenza che l'impiego della *blockchain* potrebbe al più consentire di eguagliare gli standard di sicurezza propri degli attuali registri centralizzati, non certo di superarli. Ma se così è, viene da chiedersi se lo stesso risultato non potrebbe più semplicemente ottenersi attraverso la predisposizione, anziché di una complessa architettura *blockchain*, di un comune sistema di marcatura temporale, la cui funzione, come noto, è appunto di assegnare data certa ad un determinato documento, che in tal modo diventa sostanzialmente immodificabile.

L'osservazione, in qualche misura ricavabile già dalla scarna disciplina vigente (non solo in Italia) in materia di tecnologie distribuite (art. 8-ter, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in l. 11 febbraio 2019, n. 12)¹⁵, sembrerebbe ora trovare una conferma specifica nella scelta della WIPO – che pure aveva manifestato interesse per l'uso della *blockchain* nel campo della proprietà intellettuale – di investire nella realizzazione di un innovativo servizio, fruibile *online* da chiunque, «*that rapidly generates tamper-proof evidence proving that a digital file existed at a specific point*»¹⁶. Ovviamente il sistema offre una funzionalità limitata alle sole opere digitali (o digitalizzate), ma lo stesso varrebbe per un registro che fosse costruito in

¹⁴ In base alla legge sul diritto d'autore, invero, solo l'autore (art. 20 l.d.a.), e per lui dopo la sua morte i suoi congiunti (art. 23 l.d.a.), può rivendicare la paternità dell'opera. Cosicché, mentre si potrebbe contestare la veridicità della dichiarazione resa dall'autore circa la paternità di una determinata opera, un terzo non potrebbe invece pretendere di imputare un'opera anonima ad un determinato autore senza il suo consenso.

¹⁵ Dopo la definizione di “tecnologie basate su registri distribuiti” (comma 1) e “*smart contract*” (comma 2), l'articolo citato precisa infatti che «La memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014». In argomento v. FAINI, F., *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in **Resp. civ. prev.**, 2020, p. 304 s.

¹⁶ La piattaforma, che è stata inaugurata a maggio dello scorso anno, è accessibile al sito <https://wipoproof.wipo.int/wdts/>, ove ulteriori informazioni.

blockchain. La differenza, semmai, è che mentre la *blockchain* garantisce la conservazione e il tracciamento, consentendo di creare dei *record* progressivi all'interno del *database*, i sistemi di marcatura prevedono in genere la restituzione dell'*output* validato. Starà poi quindi all'utente decidere come conservarlo ed in che forma eventualmente disporne.

D'altro canto, se sotto questi ultimi aspetti (provenienza e conservazione) la soluzione individuata dalla WIPO appare deficitaria, sul piano invece probatorio la sua utilità potrebbe verosimilmente superare quella di molte (se non proprio di tutte le) *blockchains*, che pure facciano uso di marche temporali¹⁷. È noto infatti che l'ordinamento europeo tende a graduare il valore delle predette marche in funzione della qualifica del prestatore che le emette (art. 42, Reg. 2014/910/UE), stabilendo altresì un principio di mutuo riconoscimento avente efficacia, però, solo all'interno del mercato interno (art. 41, Reg. 2014/910/UE)¹⁸. Nel caso in esame, tuttavia, chi svolge l'attività di certificazione non è un prestatore nazionale e neppure europeo, bensì la WIPO, ovvero un ente sovranazionale appositamente costituito dagli Stati firmatari della Convenzione allo scopo di rafforzare la tutela della proprietà intellettuale in un contesto globale¹⁹. Ciò che dovrebbe assicurare il riconoscimento dell'efficacia giuridica dell'evidenza temporale ben oltre i ristretti confini europei²⁰.

¹⁷ Poiché infatti la *blockchain* (come sequenza di blocchi) di per sé è in grado solo di fornire un riferimento relativo, alcune reti distribuite prevedono che, prima dell'inserimento nel blocco, al dato sia associata una marca temporale, in genere qualificata.

¹⁸ Sul Regolamento e-IDAS, v. per tutti G. FINOCCHIARO, *Una prima lettura del Reg. UE n. 910/2014 (c.d. "Eidas")*: identificazione "on line", firme elettroniche e servizi fiduciari (reg. UE n. 910/2014), in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 419 ss.

¹⁹ "Convention Establishing the World Intellectual Property Organization" del 14 luglio 1967, in partic. art. 3 e 4.

²⁰ A questo proposito, significativo appare lo spunto fornito dall'art. 4 (vii) della Convenzione istitutiva, dove tra le funzioni della WIPO si legge fra l'altro che l'organizzazione «shall maintain services *facilitating the international protection of intellectual property*» (corsivi aggiunti). Concetto ribadito anche nelle FAQ relative al funzionamento del sistema di marcatura, in cui si esplicita che «*the service creates a WIPO PROOF token – a date and time-stamped digital fingerprint of your intellectual asset, which can be used as evidence in any legal dispute*» (<https://www.wipo.int/wipoproof/en/>). Qualche dubbio circa l'effettiva valenza probatoria del WIPO Token potrebbe tuttavia sorgere in ragione della precisazione, contenuta sempre nelle FAQ, secondo cui «*WIPO PROOF does not replace the IP registration systems*». Una lettura attenta e ragionata del passaggio citato parrebbe

Da ultimo, vale la pena ricordare che, oltre alla certificazione temporale, il mantenimento di una struttura centralizzata offre altresì agli autori e alla collettività un servizio affidabile di conservazione delle opere (art. 105 l.d.a), che non è scontato si possa realizzare semplicemente per via tecnologica; perché, come dimostra il caso di *bitcoin*, esiste un tema di scalabilità della rete²¹. Nel senso che, per poter mantenere le proprie promesse di efficienza e accessibilità, è essenziale che il quantitativo di dati gestiti tramite la *blockchain* risulti convenientemente ristretto pena un'eccessiva dilatazione dei tempi di transazione; ciò che parrebbe pregiudicare l'applicazione di tale tecnologia in ambiti, come il *copyright*²², che invece contano un numero potenzialmente infinito di prodotti registrabili. Per uscire dall'*impasse*, una dottrina ha suggerito allora di usare la *blockchain* per ospitare non già l'intera creazione, bensì soltanto un suo estratto (tecnicamente: una stringa alfanumerica ottenuta dall'applica-

tuttavia confermare quanto espresso nel testo in relazione al diritto d'autore, e cioè la capacità del sistema di validazione temporale gestito dall'*Authority* di fondare una presunzione probatoria equivalente a quella delle registrazioni nazionali. Altro essendo ovviamente l'attribuzione di un diritto, per la quale a volte (è il caso, ad esempio del brevetto), l'ordinamento chiede di seguire uno specifico procedimento di registrazione non surrogabile da una mera marcatura.

²¹ In generale sul concetto di scalabilità e il cosiddetto trilemma della *blockchain*, v. AA. Vv., *Study on Blockchains - Legal, governance and interoperability aspects (SMART 2018/0038)*, cit., p. 30 e EUBOF, **Scalability, Interoperability and Sustainability of Blockchains**, 2019, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_scalability_06_03_2019.pdf, e con specifico riferimento al sistema autorale SVELYEV, A., **Copyright in the blockchain era: promises and challenges**, cit., p. 557 ss. Un ulteriore limite tecnico di cui bisognerebbe tenere conto al fine di comprendere se, come e perché il ricorso alle DLTs dovrebbe segnare un miglioramento nella gestione e tutela della proprietà intellettuale è quello che riguarda l'immodificabilità dei dati immessi nella rete e quindi l'impossibilità di procedere ad una loro eventuale rettifica. Per qualche rapido cenno in argomento, v. G. DIEGA, Noto La, *Can Permissionless Blockchains be Regulated and Resolve some of the Problems of Copyright Law?*, cit., p. 34 e : FREZZA, G., *Blockchain, autenticazioni e arte contemporanea*, cit., p. 496. Un'altra dottrina individua invece nell'aterritorialità delle DLTs l'ostacolo principale alla costruzione di un sistema decentralizzato di gestione dei diritti sulle opere creative (BODO, B.; GERVAIS, D. ; QUINTAIS, J. P. , *Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?*, cit., p. 336; P. LANA, *A possibilidade de contratos inteligentes no licenciamento de direitos de autor em Portugal*, in **Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**, Curitiba: GEDAI, 2020). Ma la questione meriterebbe un approfondimento maggiore, non potendosi negare a priori la possibilità, almeno per gli *smart contracts* dispositivi del diritto, di risolvere il problema per via pattizia (tramite una apposita clausola contenente la scelta della legge applicabile).

²² Si precisa che il termine è e sarà adoperato come sinonimo di diritto d'autore.

zione al *file* integrale, di una determinata funzione di *hash*). Sennonché è ovvio che un meccanismo di impronte come quello appena descritto, mentre potrebbe certamente offrire un supporto oggettivo idoneo a circostanziare la dichiarazione di paternità, non sarebbe invece senz'altro idoneo a svolgere una funzione di conservazione (di un esemplare) delle creazioni intellettuali tale da giustificare una revisione dell'attuale impianto organizzativo, prima ancora che regolatorio.

3. – Chiarito che la *blockchain* non può, di per sé, facilitare la verifica dell'autenticità di un'opera ovvero l'attribuzione della sua paternità, e stabilito altresì che per la dimostrazione della mera (pre-)esistenza di una creazione esistono altri strumenti direttamente accessibili più semplici ed efficaci, è opportuno provare ora a spostare l'attenzione dalla nascita del diritto alla sua circolazione, allo scopo di comprendere se, almeno sotto questo profilo, l'uso della tecnologia dei blocchi potrebbe segnare un vantaggio, innanzitutto per gli autori e, più in generale, per la collettività.

La tematica, già oggetto di specifica attenzione nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 3 ottobre 2018²³, appare particolarmente sentita dalla dottrina specialistica, che vede nelle reti distribuite, e nella possibilità di automazione degli scambi che queste offrono, uno strumento potenzialmente utile a contrastare le derive della digitalizzazione. Segnatamente la riflessione si sofferma su tre aspetti (trasparenza; tariffazione; protezione), fra loro collegati ma distinti.

²³ Nella Risoluzione, infatti, il Parlamento «22. sottolinea che nel caso dei contenuti creativi 'digitalizzati', la DLT può consentire di tracciare e gestire la proprietà intellettuale e facilitare la protezione dei diritti d'autore e dei brevetti; pone l'accento sul fatto che la DLT può consentire titolarità e sviluppo creativo maggiori da parte degli artisti mediante un registro pubblico aperto che possa anche indicare chiaramente proprietà e diritti d'autore; sottolinea che la DLT potrebbe contribuire a collegare i creatori al loro lavoro, migliorando così la sicurezza e la funzionalità nel contesto di un ecosistema di innovazione collaborativa e aperta, soprattutto in settori quali la produzione additiva e la stampa 3D; 23. rileva che la DLT potrebbe giovare agli autori apportando maggiore trasparenza e tracciabilità all'uso dei loro contenuti creativi, nonché riducendo gli intermediari per quanto riguarda il pagamento dei loro contenuti creativi» ("Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione", https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0373_IT.pdf).

Il primo punto, anche in ordine logico, che viene affrontato riguarda la possibilità – che secondo alcuni la *blockchain* concederebbe – di rendere finalmente una rappresentazione stabile e trasparente dei diritti di proprietà intellettuale. Naturalmente, il sistema, non soltanto italiano, prevede da tempo la possibilità di registrare, oltre agli atti creativi, anche gli atti dispositivi (*inter vivos*) dei relativi diritti (art. 104 l.d.a.): una “*IP-chain*” su supporto elettronico, quindi, c’è già.

Per cui viene da chiedersi quale utilità potrebbe in concreto sortire per l’industria creativa, prima ancora che per la collettività, il trasferimento sulla *blockchain* di tale registro.

Un’ipotesi, che è stata avanzata, ma che sembrerebbe senz’altro da scartare, è che la creazione di un’eventuale *IP-(block)chain* liberamente consultabile da chiunque attraverso un semplice connessione *internet* possa (di per sé) eliminare il rischio del cosiddetto *double spending*: questo risultato presupporrebbe tuttavia soprattutto un *revirement* normativo che portasse ad assegnare chiaramente alla registrazione degli atti traslativi del diritto d’autore una funzione per così dire costitutiva. Solo così, infatti, chi acquistasse da un soggetto iscritto nella *IP-(block)chain* potrebbe avere la certezza (giuridica) – oggi mancante – di aver effettivamente conseguito il diritto. Si potrebbe dire che la *blockchain* e la sicurezza informatica c’entrino poco con il problema degli acquisti *a non domino* e con la scelta della legge di circolazione del diritto autorale, la cui ridefinizione – sempre possibile – non pare invece poter prescindere da un’attenta considerazione dei principi sanciti nella Convenzione di Berna, *in primis* quello dell’automaticità dell’acquisto (art. 5.2.). Con la conseguenza che – diversamente da quanto accade per i *bitcoin*, la cui stessa esistenza dipende dalla rete che li ospita, sulla quale solo hanno valore – l’ordinamento non potrebbe impedire agli autori di “spendere” (nel senso di cedere) il proprio diritto al di fuori della *chain* (*off-chain*): perché questo vorrebbe dire subordinare il riconoscimento del diritto al compimento della formalità informatica²⁴. Altro discorso potrebbe essere, invece, quello di stabilire

²⁴ In argomento vale peraltro la pena ricordare che non tutti gli ordinamenti sembrano accordare lo stesso valore al principio in esame, soprattutto con riguardo all’attuazione giudiziale (più che alla nascita) del diritto stesso. Come ricorda anche DIEGA, G.

un sistema parallelo alternativo, in cui sia data all'autore la facoltà di *scegliere* se registrare il proprio diritto nella *blockchain* oppure no, salvo poi stabilire che qualora ciò accada, questo non potrà più circolare in altra forma che non sia quella tokenizzata²⁵. In questo modo il vincolo, se così lo si può definire, sarebbe semmai di mercato, nel senso che il successo dell'*IP-(block)chain* dipenderebbe essenzialmente dalle opportunità che gli riconosce il mercato.

A quest'ultimo proposito, oltre alla questione del *double spending*, ci sono altri aspetti che mette conto considerare, per cui la messa in funzione di un sistema di tracciamento pubblicamente accessibile dei diritti autorali potrebbe sortire un effetto utile alla valorizzazione della creatività.

Uno di questi, forse di rilievo marginale ma comunque non trascurabile, è quello che riguarda il rispetto di eventuali vincoli negoziali (ad esempio in punto di sublicenza); vincoli che oggi possono facilmente essere evasi e che, invece, con la *blockchain* assumerebbero la conformazione di limiti tecnici insuperabili²⁶. Un ultimo motivo, per qualche verso collegato al precedente, per cui, secondo taluni, sarebbe opportuno rendere gli atti traslativi dei diritti d'autore tracciabili attraverso una *IP-(block)chain* liberamente consultabile da chiunque, riguarderebbe la riduzione dell'asimmetria informativa. Si fa infatti notare come l'inesorabile decrescita dei compensi riconosciuti agli artisti fatta registrare di recente sia da attribuire, fra l'altro, alla natura privata degli accordi con le piattaforme (in particolare di *streaming*) che impedirebbe ai titolari dei diritti

Noto La, **Can Permissionless Blockchains be Regulated and Resolve some of the Problems of Copyright Law?**, cit., p. 15, ciò vale soprattutto per i paesi di *common law*, come gli Stati Uniti, dove vige la regola per cui chi ha subito un illecito non può chiedere gli "*statutory damages*", né il rimborso delle spese legali, se il suo diritto (d'autore) non risulta regolarmente registrato presso il *Copyright Office* (§412 *Copyright Act*).

²⁵ Per tokenizzazione si intende comunemente la rappresentazione nella *blockchain* di un rapporto giuridico e quindi la sua "incorporazione" in un *token* o *cryptoasset*. OECD, **The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets**, OECD Blockchain Policy Series, 2020, www.oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-PotentialImplications-for-Financial-Markets.htm.

²⁶ Il meccanismo di consenso dovrebbe infatti impedire che venga iscritta nella *blockchain* un contratto di sublicenza, se il blocco a monte prevede un divieto in tal senso. Di talché nessuna sublicenza potrebbe essere conferita efficacemente.

(autori e *collectives*) di negoziare con efficacia, avendo adeguata consapevolezza dell'elasticità della domanda e, più in generale, dell'andamento dei prezzi sul mercato²⁷. Sennonché, come si intuisce anche dalle note problematiche di antiriciclaggio emerse in relazione alla circolazione dei *bitcoin*, quando si discorre di trasparenza della *blockchain* non si intende affermare che tutti i dati ivi inseriti siano per ciò solo "in chiaro". Ragion per cui, analogamente a quanto si è visto per il *double spending*, sarebbe più corretto ammettere che la *blockchain* può offrire un valido ausilio tecnico per la messa in atto di una soluzione che tuttavia non potrebbe che essere, anzitutto, di tipo giuridico (: l'introduzione di un divieto legale di secretare le condizioni economiche dei contratti di licenza o cessione dei diritti autorali e connessi)²⁸.

4. – D'altronde, per quanto le considerazioni precedenti appaiano utili e ricche di implicazioni anche sistematiche, è risaputo che il problema della remunerazione degli artisti nel contesto digitale ha un'origine complessa, che eccede la semplice sproporzione delle forze in campo. Bisogna ricordare infatti che, se da un lato la digitalizzazione dei meccanismi di produzione e fruizione delle opere creative (soprattutto musicali, cinematografiche e della letteratura, ma non solo) ha posto le condizioni per la formazione di un mercato globale, potenzialmente più inclusivo (dal lato della domanda, come dell'offerta), dall'altro ha incrementato sensibilmente il rischio di abusi²⁹. Al di là del noto problema, in parte già affrontato – *de iure*, attraverso l'apertura alle misure tecnologiche di protezione (art. 102 l.d.a.), e *de facto* con l'introduzione di filtri quali il

²⁷ Cfr. MAZZIOTTI, G., *What Is the Future of Creators' Rights in an Increasingly Platform-Dominated Economy?*, in 51(9) **IIC**, 2020, p. 1029

²⁸ In generale, sull'opportunità di limitare l'autonomia privata ("ex-ante restrictions") quale strumento per una migliore valorizzazione dell'attività creativa, NAHMIAS, Y., *The cost of coercion: Is there a place for 'hard' interventions in copyright law?*, in 17(2) **Nw. J. Tech. & Intell. Prop.**, 2020, p. 155

²⁹ BERTONI, A.; MONTAGNANI, M. L., *Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in **G. Comm.**, 2013, 537 ss. e, più di recente, *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari Internet quali propulsori delle attività creative in rete*, cit., p. 111.

“Content ID”³⁰ –, dell’illecita condivisione in rete di contenuti protetti ad opera degli utenti, rispetto al quale pure, come diremo (v. *infra* par. 5), vi è chi ritiene che la *blockchain* possa esercitare una funzione di contenimento, negli ultimi anni sempre più urgente si è manifestato il bisogno di porre un limite al c.d. *value gap* e, in generale, di assicurare una più equa ed effettiva distribuzione dei proventi lungo tutta la filiera dell’industria creativa (*revenue sharing*)³¹. In questo senso, si può dire che lo sviluppo di nuovi modelli di *business* basati sulla valorizzazione del dato (*data-driven*) ha contribuito a spostare l’attenzione dalla protezione alla tariffazione³². Lo si evince chiaramente dai *Report* che hanno accompagnato la travagliata approvazione della Direttiva 2019/790 sulla tutela del diritto d’autore nel mercato unico digitale³³ e lo conferma soprattutto la disciplina di cui agli artt. 17 e 19, della Direttiva stessa, che impone agli intermediari di informare con accuratezza gli autori in merito alle modalità di utilizzo e ai proventi ottenuti dalla comunicazione al pubblico dei loro contenuti, anche quando questa sia avvenuta senza un’apposita licenza³⁴.

³⁰ Trattasi, come noto, di una tecnologia appositamente ideata da YouTube e ormai utilizzata da moltissime piattaforme, che consente, attraverso un confronto fra impronte digitali, di determinare se il materiale messo a disposizione dagli utenti è coperto da *copyright*. Qualora il sistema rilevi un illecito, il titolare del diritto autorale ha l’opportunità di scegliere se limitarsi a monitorare la popolarità di determinati contenuti, attivare il meccanismo di rimozione del contenuto (c.d. *Notice and Take Down*), oppure monetizzare le visualizzazioni dei contenuti partecipando ai proventi pubblicitari raccolti dalla piattaforma.

³¹ Sulla difficoltà di garantire questo flusso di risorse, si v. le considerazioni di BERTONI, A.; MONTAGNANI, M. L., *La modernizzazione del diritto d’autore*, cit., p. 128. Per una lettura particolare del fenomeno del *value gap*, si leggano le interessanti considerazioni di BRIDY, A., *The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform*, in 22 (2) **Vand. J. Ent. & Tech. L.**, 2020, p. 323 ss.

³² Per qualche verso è questa la logica di fondo che sta alla base anche del noto “*follow-money approach*” inaugurato già svariati anni orsono [per una prima affermazione si veda il documento intitolato “*Towards a renewed consensus on the enforcement of Intellectual Property Rights: An EU Action Plan*”, COM(2014) 392 final, July 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0392&from=EN>]

³³ *Commission Staff Working Document - Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules*- SWD(2016) 301 final, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules>; EPRS, *Copyright in the digital single market*, 2016, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593564/EPRS_BRI\(2016\)593564_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593564/EPRS_BRI(2016)593564_EN.pdf)

³⁴ In argomento, fra i molti commenti alla Direttiva, v. S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: some progress, a few bad choices, and an overall failed*

Il discorso sull'impatto che queste misure potranno avere sul mercato e sullo sviluppo della conoscenza è ampio e richiederebbe di avere ben altro spazio a disposizione per poter essere affrontato compiutamente, soprattutto ora che il legislatore europeo e quello statunitense sembrano aver intrapreso strade quanto meno in parte diverse³⁵. Resta il fatto, ed è questo il punto più significativo nell'ottica della nostra riflessione, che né l'uno né l'altro hanno ritenuto opportuno far ricorso alla tecnologia *blockchain*, neanche in termini eventuali. Eppure è da tempo ormai che gli esperti invocano il passaggio a forme automatizzate di scambio, basate sui cosiddetti *smart contracts*³⁶. Vero è, come ha precisato un autore, che ci sono anche alcuni aspetti potenzialmente critici che richiederebbero di essere valutati attentamente, ad esempio quello dell'immodificabilità dei contratti intelligenti nella prospettiva della loro risoluzione per inadempimento³⁷, ma questo non esclude che ci siano comunque dei vantaggi importanti che si potrebbero trarre dall'impiego esteso di questa tecnologia anche nel mercato distributivo (*tokenizzazione* del diritto sull'opera). A cominciare dalla corresponsione delle *royalties*, rispetto alla quale gli autori faticano ad esercitare un controllo efficace, e che invece grazie agli *smart contracts* potrebbe diventare semplicemente automatica, quindi istantanea e certa³⁸. Inoltre, grazie alla disintermediazione degli scambi

ambition, in 57 **CMLR**, 2020, p. 979 ss., spec. p. 1021 ss.; XALABARMER, R., **The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration of art.18 Digital Single Market Directive: Some Thoughts for its National Implementation**, 2020, *ssrn.com*

³⁵ MAZZIOTTI, G., *What Is the Future of Creators' Rights in an Increasingly Platform-Dominated Economy?*, cit., p. 1034. Sulle ragioni e i contenuti della riforma statunitense v. PALLAS, L., *Copyright Jumps the Shark: The Music Modernization Act*, in 99 (6) **Boston University Law Review**, 2019, p. 2519

³⁶ A questo riguardo, v. da ultimo JANSSEN, A.U.; PATTI, F. P., *Demistificare gli smart contracts*, in **Oss. dir. civ. e comm.**, 2020, p. 31; DAVOLA, A.; PARDOLESI, R. *What is Wrong in the Debate about Smart Contracts*, in **EuCML**, 2020, p. 201 ss.; S. A. Cerrato, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in **Banca, borsa, tit., cred.**, 2020, 370.

³⁷ DIEGA, G. Noto La. **Can Permissionless Blockchains be Regulated and Resolve some of the Problems of Copyright Law?**, cit., p. 20 ss.

³⁸ Più precisamente l'ipotesi è che si crei un sistema tale per cui, ogni volta che un utente intenda fruire di un contenuto protetto su una piattaforma, questa invierà una *query* allo *smart contract* che, verificate le condizioni di accesso, registrerà il dato sulla *blockchain* e di pari passo sbloccherà il contenuto richiesto mentre trasferisce sul conto degli autori il compenso convenuto (FINCK, M.; MOSCON, V., **Copyright Law on**

che abbatta i costi di transazione, finalmente tutti potrebbero partecipare al sistema *revenue-sharing*, anche gli autori indipendenti e, in generale, i beneficiari di *micropayments*³⁹. Ovviamente per abbattere del tutto le barriere all'ingresso e realizzare un modello di creatività diffusa (tanto sul lato della produzione, che della fruizione) bisognerebbe intervenire anche su altri aspetti, a cominciare dal problema della scelta dei criteri di riparto dei proventi fra gli autori (*pay per-stream vs pay per-subscriber*)⁴⁰, per poi passare a quello delle c.d. *filter bubbles*⁴¹ e dell'impatto anticoncorrenziale che determinate strutture, per la loro dimensione, attività, operatività, possono esercitare sul mercato⁴². In ogni caso, le funzionalità specifiche descritte in precedenza parrebbero indurre a pensare che l'impiego della *blockchain* (anche nei rapporti con i consumatori finali) potrebbe contribuire a riequilibrare i rapporti con i licenziatari in misura di gran lunga maggiore rispetto a quanto non sia in grado di fare la soluzione meramente informativa messa in campo dalla Direttiva del 2019. E così in effetti sarebbe, a patto che si abbiano la forza e la consapevolezza tecnica necessarie per riuscire ad *imporre* la creazione di un sistema speciale di gestione dei contenuti diffusi *online* basato sugli *smart contracts*.

Blockchains: *Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0*, cit., p. 97).

³⁹ V. al riguardo FILIPPI, P. De; MCMULLEN, G.; MCCONAGHY, T.; CHOI, C.; ROUVIERE, S. De La; BENET, J.; STERN, D. J., **How Blockchains can Support, Complement or Supplement Intellectual Property**, COALA Report, Working Draft, 2016, p. 3, che ricordano come le commissioni su un pagamento di un dollaro attraverso i circuiti tradizionali (VISA) ammontino a quasi un terzo dell'importo a fronte di un trasferimento che comunque non è esattamente immediato.

⁴⁰ DIMONT, J., *Royalty inequity: why music streaming services should switch to a per-subscriber model*, in 69 **Hastings L. J.**, 2018, p. 675 ss.

⁴¹ Sulla capacità degli algoritmi di profilazione di indirizzare la ricerca e poi la scelta degli utenti verso determinati generi musicali o addirittura verso specifici autori o brani, limitando così la possibilità degli artisti emergenti di farsi conoscere, cfr. lo studio di ALLEN, D.; CAMPO, J.; UGUR, E.; WHEELER-MACKTA, H., **The Effects of Music Recommendation Engines on the Filter Bubble Phenomenon**, WPI Working Paper, 2016, https://web.wpi.edu/Pubs/E-project/Available/E-project-011817-125559/unrestricted/MusicDiscoveryIQP_Report_12.21.16.pdf.

⁴² Sulle tante questioni sollevate dalla digitalizzazione del mercato, in particolare musicale, si vedano le considerazioni di KLOBUCNIK, L.; QUEIROZ, C., **The Role of Traditional CMOs in the Digital Era**, EIPIN – IS Research Paper No. 19-05, 2019, p. 3 ss., i quali ricordano come sia difficile già solo inquadrare lo *streaming* tra le forme d'uso comuni.

Questo perché, a dispetto di quanto parrebbe emergere da alcuni scritti, in cui il fenomeno della *blockchain* viene descritto come un'opportunità per il sistema della proprietà intellettuale, in assenza di un obbligo legale sembra altamente improbabile, sia per la difficoltà intrinseca dell'attività stessa, sia anche per l'elevata frammentazione e disomogeneità del mercato stesso, che gli operatori possano riuscire a trovare l'intesa necessaria per convergere verso un unico database⁴³ e, quindi, verso un unico meccanismo di catalogazione⁴⁴. Anche se non si può negare che ci sia già qualche proposta di lavoro in tal senso.

Recentemente, nel presentare al MISE una proposta per la "Gestione dei diritti d'autore su reti 5G con *blockchain*" – poi risultata assegnataria del finanziamento – la stessa SIAE ha infatti precisato che la prima fase del progetto sarà proprio dedicata alla costruzione di un registro (decentralizzato) che consenta l'identificazione univoca dei titolari dei diritti d'autore⁴⁵. Nel frattempo pare che altre organizzazioni

⁴³ Per una ricostruzione attenta ed esaustiva dei diversi *information standards* ad oggi in uso nel mercato musicale e delle ragioni che ne hanno alimentato negli anni il proliferare, si veda il saggio di ELTON, S., *Standardized Identifiers and Electronic Data Interchange Rules for Music*, in S. O'Connor (ed.), **The Oxford Handbook of Music Law and Policy**, Oxford, 2020, che ricorda anche come in passato siano stati fatti diversi tentativi di ravvicinamento, tutti però falliti. A cominciare dal noto esperimento del *Global Repertoire Database* (GRD), costato più di quindici milioni di dollari e poi definitivamente abbandonato nel 2014 a causa dei prolungati conflitti interni. La centralità del problema parrebbe confermata anche da uno studio realizzato per l'IPO inglese, secondo cui la criticità maggiore sarebbe data dalla difficoltà di coordinare i codici ISRC con quelli ISWC, in un contesto in cui si registra una crescita esponenziale sia dei dati che degli attori coinvolti (LYONS, F.; SUN, H.; D. COLLOPY; CURRAN, K.; OHAGAN, P., *Music 2025 – The Music Data Dilemma: Issues Facing the Music Industry in Improving Data Management*, 2019, *ssrn.com*). In questo senso non deve sorprendere, anzi, che il legislatore statunitense abbia deciso di regolare, almeno in parte la questione, affidando ad un'apposita organizzazione (*Mechanical Licensing Collective*) il compito di creare e amministrare un *database* aperto e pubblico.

⁴⁴ Come si legge infatti in un report curato per la WIPO sull'uso della *blockchain* nel commercio internazionale (GANNE, E., **Can Blockchain revolutionize international trade?**, 2018, p. 40) «*blockchain will only be able to work at its full potential if data is entered in a format that allows it to be understood in the same way by the various parties involved and easily processed as part of the system ... Implementing a blockchain platform without having rationalized processes and aligned the semantics beforehand would defeat the very purpose of a blockchain-based system*».

⁴⁵ https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Presentazione_TecnologieEmergenti-2020.pdf.

stiano tentando percorsi analoghi⁴⁶, per cui l'auspicio è che l'iniziativa possa assumere presto una dimensione più ampia. In generale è chiaro che l'idea di fondo è quella di procedere per gradi, o meglio per comparti in qualche misura omogenei, per poi tentare una sintesi dei risultati raggiunti da più parti a più livelli⁴⁷. In questo senso, il fatto che si vada verso una struttura distribuita (e non centralizzata), che quindi non richiede di nominare un gestore (unico), potrebbe rappresentare un vantaggio non da poco rispetto al passato. Ma anche se così fosse non si vede quale incentivo potrebbero avere le grandi piattaforme di *streaming* a condividere i dati e, soprattutto, a impegnarsi per creare uno *standard* di comunicazione comune. Specialmente se si tratta di lavorare per una soluzione che potrebbe anche preludere all'instaurarsi di una relazione (anche economica) diretta, disintermediata tra autore e fruitore (*direct-to-fan*).

5. – D'altro canto, se per il settore dell'audiovisivo il problema dei metadati sembrerebbe costituire un ostacolo insormontabile, per altre manifestazioni del diritto d'autore (ad esempio quelle letterarie) il passaggio ad una gestione automatizzata delle opere basata sulla *blockchain* potrebbe non essere così complesso da realizzare e in qualche caso potrebbe anche essere accompagnato da alcuni ulteriori vantaggi specifici per nulla trascurabili, *in primis* sul piano del contrasto alla pirateria.

A questo proposito si fa invero notare in dottrina come le consuete misure tecnologiche di protezione (DRM) finiscano spesso per risolversi in un inconveniente, non soltanto per i distributori, che devono sopportarne il costo (anche di manutenzione), quanto soprattutto per gli utenti finali, che possono incontrare difficoltà nel gestirne le procedure e pos-

⁴⁶ BAYM, N.; SWARTZ, L.; ALACORN, A. , **Convening Technologies: Blockchain and the Music Industry**, cit., p. 409.

⁴⁷ Stando a quanto riportato in uno studio pubblicato dall'IPO britannica qualche anno fa, solo in Europa, ci sarebbero almeno una trentina CMOs e IMES, i cui *databases* non risultano né completi, né connessi fra loro (HOOPER, R.; LYNCH, R. , **Copyright Works - Streamlining Copyright Licensing for the Digital Age**, 2012, p. 10 ss., <http://www.ipo.gov.uk/dce-report-phase2.pdf>

sono anche patire dei danni⁴⁸. Senza contare che, come qualsiasi codice, anche i DRM possono essere hackerati. Diversamente, qualora la fruizione del contenuto fosse regolata attraverso uno *smart contract*, la protezione sarebbe insita nell'architettura di rete garantita dalla rete stessa e non ci sarebbe più alcun bisogno di ricorrere a complessi meccanismi aggiuntivi e nemmeno il rischio che qualcuno li possa manomettere.

Al contempo, se il sistema potesse davvero controllare ogni singolo accesso al bene digitale, subordinando il rilascio (e la registrazione) della chiave alla verifica della legittimazione del richiedente all'interno della *blockchain*, oltre a rafforzare la tutela autorale e migliorare l'efficienza del mercato del *copyright*, si potrebbe anche immaginare di recuperare finalmente quella pienezza proprietaria messa in crisi dal sistema digitale⁴⁹. Una dottrina, rifacendosi ai concetti base dei *bitcoin*, ha individuato la chiave di volta nella capacità della *blockchain* di generare scarsità digitale⁵⁰, ma forse in questo contesto sarebbe preferibile esprimersi in termini di unicità digitale, giacché a prescindere dal numero di copie rilasciate, quello che davvero conta è che, mentre in genere «*each electronic copy of the copyrighted work is identical and cannot be differentiated from another copy*», «*blockchain permits individualization of each digital copy*» (corsivo aggiunto)⁵¹. Per cui, una volta che il bene digitale (sia esso accessibile tramite *download* o impresso su un supporto informatico) risulta tokenizzato, non solo è possibile tracciarne le vicende circolatorie ma, stando alle evidenze

⁴⁸ SAVELYEV, A., **Copyright in the blockchain era: promises and challenges**, cit., p. 564, che richiama l'attenzione in particolare sul problema linguistico delle misure di protezione e sulla possibilità che si generino interazioni negative fra le diverse applicazioni informatiche in uso.

⁴⁹ FISHER, K., *Once upon a Time in NFT: Blockchain, Copyright, and the Right of First Sale Doctrine*, in 37 (3) **Cardozo Arts & Ent. L.J.**, 2019, p. 631. Per qualche spunto più generale sulla proprietà dei beni digitali, v. PERZANOWSKI, A.; SCHULTZ, J., **The End of Ownership**, MIT Press, 2016, Case Legal Studies Research Paper No. 2020-24, ssrn.com;

⁵⁰ BODO, B.; GERVAIS, D.; QUINTAIS, J. P., **Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?**, cit., p. 314; WHITAKER, A., **Art and Blockchain: A Primer, History, and Taxonomy of Blockchain Use Cases in the Arts**, in 8 (2) **Artivate**, 2019, p. 32.

⁵¹ MARCHIONE, T. Gonçalves, **Digital Exhaustion and the Implementation of Blockchain E-books**, ssrn.com

di un progetto sperimentale condotto da Google, poi confermato anche da altri studi, si potrebbe anche consentire agli utenti di personalizzare la propria copia, ad esempio con appunti o sottolineature, prima di trasferirla (sotto forma di *token*) ad un terzo⁵². Esattamente come accade nell'universo analogico.

Il che dovrebbe permettere di superare, almeno in parte, l'atteggiamento di chiusura recentemente manifestato dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia Europea nel caso *Tom Kabinet*⁵³. È noto infatti che tra gli argomenti di carattere generale adottati contro l'ammissibilità di un mercato dell'"usato digitale" (nel caso si trattava di *e-book*), uno riguardava proprio l'asserita impossibilità, nel contesto immateriale, di identificare chiaramente le singole copie e quindi di evitare il pericolo di un loro proliferare abusivo a danno del diritto d'autore⁵⁴.

Con la *blockchain*, invece, posto che nessuno può accedere al contenuto se non risulta registrata a suo favore la cessione di uno specifico *token*, chiunque ha l'opportunità di verificare, in qualsiasi momento, quali e quanti esemplari sono presenti sul mercato e a chi appartengono. Ne risulta che anche l'incontro fra domanda e offerta è agevolato.

⁵² MARCHIONE, T. GONÇALES, **Digital Exhaustion and the Implementation of Blockchain E-books**, *ssrn.com*, p. 48 ss.; JEONGHEE, C.; JANGYEON, L.; NAKYUNG, K.; JEEWOO, C., **Secure and reliable blockchain-based eBook transaction system for self-published eBook trading**, 2020, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0228418>

⁵³ C-263/18 del 19 dicembre 2019, in *Dir. inf. e informatica*, 2020, p. 596 ss. con nota di SGANGA, C., *Di aporie sistematiche e corto-circuiti teleologici: il no della Corte di Giustizia all'esaurimento digitale nel diritto d'autore europeo*. Per ulteriori considerazioni e riferimenti bibliografici in argomento, v. OPRYSK, L., *Secondary communication under the EU copyright acquis after Tom Kabinet: between exhaustion and securing work's exploitation*, in 11 (2) **J. Int. Property, Inf. Tech. & Electronic Comm. L.**, p. 200 ss.; SGANGA, C., **Il principio dell'esaurimento nel diritto d'autore digitale: un pericolo o una necessità?**, *ivi*, 2019, p. 21 ss.; A. Musso, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in **R. trim. dir. proc. civ.**, 2018, p. 481 ss.; SPEDICATO, G., *L'esaurimento UE dei diritti*, in **AIDA**, 2016, p. 464.

⁵⁴ Si veda, in particolare, il punto (69) della sentenza *Tom Kabinet*, dove si fa notare che il sistema ideato dal convenuto non era assolutamente in grado di garantire che il cedente avesse effettivamente proceduto a cancellare dal proprio dispositivo il contenuto protetto.

Tornando al ragionamento della Grande Sezione, si potrebbe obiettare che, comunque sia, stante il fatto che la fruizione *online* (diversamente da quella delle opere impresse su supporto fisico) non comporta di per sé alcun deterioramento dell'esemplare fruito, sarebbe preferibile evitare di favorire la formazione di un «mercato parallelo [*si noti, non secondario*] di seconda mano», perché si «rischierebbe di incidere sugli interessi dei titolari di ricevere un adeguato compenso per le loro opere»⁵⁵. In effetti, se l'usato, pur essendo identico al nuovo, costasse meno e fosse anche di facile reperimento, è logico che la preferenza dei consumatori andrebbe verso il primo. Tuttavia non è detto che questo debba per forza risolversi in un *vulnus* per il sistema autorale, giacché – come si è visto in precedenza – la *blockchain* si presta a svolgere anche una funzione distributiva, tale per cui basterebbe prevedere che per ogni ulteriore transazione registrata sul *ledger* una parte del compenso vada all'autore⁵⁶. Sul piano tecnico, dunque, parrebbe che il sistema fosse in grado di trovare al suo interno un nuovo equilibrio, probabilmente anche migliore del precedente. Ma è ovvio che una soluzione come quella ipotizzata presuppone di ripensare il principio dell'esaurimento nel contesto digitale, fino a farne un concetto al limite anche autonomo⁵⁷.

6. – Da ultimo, nell'analizzare il rapporto complesso che lega la *blockchain* al diritto d'autore, con particolare riguardo ai profili giuridici, non è possibile non accennare brevemente al fenomeno, diventato sempre più

⁵⁵ Cfr. il punto (58) della sentenza sopra citata.

⁵⁶ WHITAKER, A., *Shared Value over Fair Use: Technology, Added Value, and the Reinvention of Copyright*, in 37 (3) **Cardozo Arts & Ent. L.J.**, 2019, p. 635 ss. Per qualche considerazione intorno alla funzione economica del sistema remunerativo con una proiezione di riforma, v. RIIS, T., *Remuneration Rights in EU Copyright Law*, in 51 **IIC**, 2020, p. 446.

⁵⁷ È questo d'altronde l'auspicio che esprime anche SGANGA, C. *Di aporie sistematiche e corto-circuiti teleologici*, cit., secondo cui il cortocircuito ingenerato dall'ultima sentenza della Grande Sezione ("rimane un mistero sistematico come *Tom Kabinet* possa coesistere con *VOB*") dimostrerebbe che il sistema normativo non può essere semplicemente adattato e che per salvaguardare adeguatamente gli interessi degli autori senza frustrare l'innovazione servono regole nuove, appositamente disegnate tenendo conto delle moderne tecniche di fruizione dei contenuti protetti.

di moda e di interesse, specialmente fra i collezionisti, della cosiddetta *crypto-art*. Per chiarezza, va detto che non esiste una nozione condivisa di *crypto-art*: mentre infatti alcuni preferiscono limitare il concetto alle sole opere *blockchain-based*, altri tendono a conferire all'espressione un significato più generico, ricomprendendovi qualsiasi manifestazione creativa (anche analogica) tokenizzata. In tutti i casi, si tratti solo o anche di un movimento artistico, discorrere di *crypto-art* significa in ultima istanza ragionare di un nuovo modello di mercato organizzato sulla falsariga di quello di *bitcoin* e, quindi, essenzialmente più aperto, liquido e speculativo dell'attuale.

Volendo restare stretti sul tema che ci occupa, la prospettiva che si delinea anche in alcuni saggi giuridici, riguarda la possibilità per gli artisti di ricorrere allo schema delle *initial coin offering* (ICO) per emettere "*copyright tokens*" e finanziare così la propria attività⁵⁸. Il meccanismo ricorda vagamente quello del *reward crowdfunding*, con la sostanziale differenza che, mentre la "ricompensa" consiste in genere in un bene (materiale o digitale) collegato all'attività creativa (un esemplare, un gadget, etc.), nell'ipotesi qui al vaglio si immagina che a fronte del suo finanziamento al sottoscrittore venga assegnato un numero proporzionale di *token*, corrispondente ad una quota del diritto di autore.

Ora, che si possa determinare una situazione di comproprietà sul diritto d'autore, non è una novità, come pure non è una novità che gli autori possano disporre del proprio diritto su opere future, purché si tratti di creazioni determinate o determinabili (art. 120 l.d.a.)⁵⁹. In linea di massima, dunque, ferma restando quest'ultima precisazione, l'operazione parrebbe certamente ammissibile: il problema semmai è quello di inquadrarla sul piano sistematico in modo da assicurare una tutela adeguata degli interessi dei soggetti coinvolti. Come tutte le altre ICO,

⁵⁸ FILIPPI, P. De, *Blockchain-based Crowdfunding: what impact on artistic production and art consumption?*, 2015, ssrn.com; MATULIONYTE, R., *Can Copyright be tokenized*, in 42(2) **EIPR**, 2020, p. 101 ss.

⁵⁹ La stessa regola parrebbe rinvenirsi anche in altri ordinamenti vicini al nostro, come la Francia (art. L.131-1 CPI) e la Spagna (art. 43.3 LPI, come da ultimo interpretata dalla AP di Barcellona nella sentenza del 26 settembre 2019, <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb91f8e8bf9f840d/20191009>).

anche l'offerta dei *copyright tokens*, invero, porta con sé il rischio che il sottoscrittore non consegua quanto promesso, vuoi perché l'autore non sa come condurre a termine il progetto, vuoi perché i fondi destinati allo scopo potrebbero essere distratti o sottratti, vuoi infine anche perché ci potrebbero essere dei *fork* associati all'emissione di nuovi *token* che potrebbero ridurre il valore di quelli già in circolazione⁶⁰.

D'altro canto, se anche l'opera dovesse essere portata a compimento e i *token holders* diventare contitolari del diritto autorale sulla stessa, non per questo bisognerebbe ritenere che il loro interesse sia stato soddisfatto, atteso che la polverizzazione del diritto potrebbe facilmente acuirne i già noti problemi di gestione. Proprio per evitare questo inconveniente fatale, c'è chi ha suggerito di modificare lo schema nel senso di prevedere, fra l'altro, che ai sottoscrittori spetti una quota, non già del diritto d'autore, ma delle *revenues* provenienti dal suo sfruttamento. In questo modo gli autori avrebbero la possibilità di raccogliere finanziamenti dal pubblico senza però che si vengano a determinare fastidiose interferenze nella gestione (soprattutto dei rapporti di licenza)⁶¹. Di per sé la proposta sembra convincente, soprattutto ora che l'industria creativa appare duramente provata dalla pandemia e la vendita dei *token* potrebbe servire a sostenerne il rilancio. Sennonché, prima di accoglierla, bisognerebbe ancora valutare se l'attribuzione di una *mera* prospettiva di guadagno non valga a conferire all'operazione il significato di un atto di "investimento", con quanto ne consegue in termini di applicazione della disciplina finanziaria, giacché questo potrebbe incidere non poco sulla valutazione di convenienza per gli autori di promuovere un'offerta iniziale di *token*⁶².

⁶⁰ OECD, **Regulatory Approaches to the Tokenisation of Assets**, OECD Blockchain Policy Series, 2021, p. 11, www.oecd.org/finance/Regulatory-Approaches-to-the-Tokenisation-of-Assets.htm

⁶¹ MATULIONYTE, R., **Can Copyright be tokenized**, cit., p. 103 s.

⁶² Ci sia consentito il rinvio a C. SANDEI, *Initial coin offering e appello al pubblico risparmio*, in CIAN, M.; SANDEI, C. (cur.), **Diritto del Fintech**, Padova, 2020, p. 285 ss.

7. – Per concludere, se da un lato la trattazione pare confermare il ricco potenziale della relazione *blockchain*/tutela autorale, in relazione ad una serie di casi d’uso e di possibili vantaggi, dall’altro, sul piano metodologico, dimostra come sia essenziale approcciarsi al tema mantenendo sempre un atteggiamento concreto, di attenzione verso i profili tecnici, ma al tempo stesso anche propenso a valorizzare i profili sistematici e di coerenza interna. Senza indulgere in concezioni aprioristiche o eccessivamente *disruptive*.

In questa prospettiva, molto istruttiva appare l’esperienza della Cina, ad oggi forse il Paese al mondo più evoluto in ambito *blockchain*⁶³. Qui, infatti, dopo la storica sentenza del Tribunale dell’Internet di Hangzhou proprio in tema di copyright⁶⁴, in cui i giudici hanno riconosciuto valore probatorio ad uno *screenshot* realizzato in *blockchain* sulla scorta di una ricostruzione precisa dei meccanismi specifici di funzionamento di *quel particolare* sistema di “validazione” del dato⁶⁵, lo stesso principio è stato poi consacrato anche dalla Corte Suprema Cinese (SPC), che ha sancito la necessità di dar corso ad una valutazione caso per caso, fissando all’uopo una serie di parametri, per lo più tecnici, per la valutazione dell’affidabilità e robustezza delle *blockchains*⁶⁶.

⁶³ MOSTERT, F.; WANG, J., *The Application And Challenges Of Blockchain In Intellectual Property Driven Businesses In China*, in 11 (1) **Tsinghua China L. Rev.**, 2018, p. 14 ss.

⁶⁴ Hangzhou Internet Ct. 0192 Min Chu.No.81, 2018

⁶⁵ Per una sintesi di questo e di altri casi simili sin qui esaminati dalle autorità cinesi, cfr. WU, H.; ZHENG, G., *Electronic evidence in the blockchain era: New rules on authenticity and integrity*, in 36 **Comp. L. & Sec. Rev.**, 2020, p. 7 ss.; V. CHAN – A. M. KOO, **Blockchain Evidence in Internet Courts in China: The Fast Track for Evidence Collection for Online Disputes**, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1631e87b-155a-40b4-a6a-a-5260a2e4b9bb>

⁶⁶ Cfr. art. 11-1 delle cosiddette “Provisions on Several Issues Concerning the Trial of Cases by Internet Courts” in vigore dal 7 settembre 2018. La SPC è tornata ancora sull’argomento in un *White Paper* pubblicato il 4 dicembre 2019, intitolato “Chinese Courts and Internet Judiciary” in cui ha chiaramente affermato la necessità che i giudici «*should neither exclude nor raise the admission standard just because technology such as blockchain itself is new and complicated, nor lower the admission standard because the technology is difficult to tamper with or to delete*» (traduzione di LU, T. **The Implementation of Blockchain Technologies in Chinese Courts**, cit., p. 8)

Successivamente, proprio per eliminare ogni margine di incertezza e consentire di sfruttare in pieno i vantaggi dei sistemi distribuiti, lo stesso Tribunale dell'Internet di Hangzhou si è distinto ancora una volta inaugurando la prima piattaforma giudiziale in *blockchain* dedicata, fra l'altro, alle controversie in materia di *digital copyright*. In estrema sintesi, si tratta di un sistema distribuito, realizzato in partenariato con alcune imprese private specializzate, che offre agli autori che lamentino una lesione dei propri diritti in rete, l'opportunità di acquisire, registrare e immediatamente condividere con gli uffici giudiziari la prova (legale) dell'asserito illecito. In questo modo, eliminando la cesura fra "*evidence and trial*", non solo il processo (telematico) si snellisce, ma si semplifica: in particolare gli esiti diventano più facilmente prevedibili e tutto questo contribuisce a rafforzare la tutela autorale⁶⁷.

Naturalmente le peculiarità della realtà cinese sono tali e tante che sarebbe inutile tentare un paragone con la situazione europea, men che meno con quella dell'Italia. Tuttavia, proprio il fatto che un ordinamento tanto avanzato e con pochi condizionamenti abbia scelto di non stravolgere il proprio sistema, per lavorare invece su soluzioni tecnico-giuridiche concrete, induce a ritenere che sia effettivamente questa, dell'innovazione incrementale e consapevole, la strada migliore da percorrere⁶⁸.

LIST OF REFERENCES

AA. VV., *Study on Blockchains - Legal, governance and interoperability aspects (SMART 2018/0038)*, 2020, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-blockchains-legal-governance-and-interoperability-aspects-smart-20180038>.

ALLAN, J. E. M. (ed.), **Trends and Developments in Artificial Intelligence, Challenges to the Intellectual Property Rights Framework**, Final report,

⁶⁷ Stando ai dati diffusi, pare infatti che in un solo anno di utilizzo, la piattaforma abbia fatto alzare la percentuale dei casi risolti o comunque conclusi al 96% (LU, T. , **The Implementation of Blockchain Technologies in Chinese Courts**, cit., p. 14).

⁶⁸ In qualche misura è questa l'idea che emerge anche dall'interessante lavoro scritto da BAYM, N. ; SWARTZ, L.; ALACORN, A. **Convening Technologies: Blockchain and the Music Industry**, cit., p. 414, secondo i quali la *blockchain* sarebbe una "*convening technology*", nel senso che *«it initiates and serves as the focus of a conversation that can address issues far beyond what it may ultimately be able to address itself»*.

2020, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/trends-and-developments-artificial-intelligence-challenges-intellectual-property-rights-0>;

ALLEN, D.; CAMPO, J.; UGUR, E.; WHEELER-MACKTA, H. **The Effects of Music Recommendation Engines on the Filter Bubble Phenomenon**, WPI Working Paper, 2016, https://web.wpi.edu/Pubs/E-project/Available/E-project-011817-125559/unrestricted/MusicDiscoveryIQP_Report_12.21.16.pdf.

BAYM, N. ; SWARTZ, L.; ALACORN, A. *Convening Technologies: Blockchain and the Music Industry*, in 13 **Int. J. of Communication**, 2019, p. 405 e ss.

BELL, T.W. *Copyrights, Privacy, and the Blockchain*, in 42 **Ohio Northern University L. Rev.**, 2016; p. 439 ss.;

BERTONI, A.; MONTAGNANI, M.L. *Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in **G. Comm.**, 2013, 537 ss.

BERTONI, A.; MONTAGNANI, M.L. *La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari* JANSSEN, A.U. ; PATTI, F.P. *Demistificare gli smart contracts*, in **Oss. dir. civ. e comm.**, 2020, p. 31;

BIANCHINI, M. ; KWON, I. **Blockchain per Start-up e PMI in Italia**, 2020, p. 26 ss. (<https://www.oecd.org/italy/blockchain-per-le-pmi-e-gli-imprenditori-in-italia-bdbbb4ea-it.htm>)

BODO, B.; GERVAIS, D.; QUINTAIS, J. P. *Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?*, in 26 **Int. J. Law & Inf. Techn.**, 2018, p. 311 ss.;

BOOKOUT, J. *A Brief Introduction to Digital Art & Blockchain*, in 37 (3) **Cardozo Arts & Ent. L.J.**, 2019, p. 558

BOUCHER, P. **How Blockchain can change our lives**, 2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA\(2017\)581948_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_EN.pdf);

BRIDY, A. **The Price of Closing the “Value Gap”**: *How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform*, in 22 (2) **Vand. J. Ent. & Tech. L.**, 2020, p. 323 ss.

CERRATO, S. A. *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in **Banca, borsa, tit., cred.**, 2020, 370

CHAN, V. ; KOO, A. M. **Blockchain Evidence in Internet Courts in China: The Fast Track for Evidence Collection for Online Disputes**, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1631e87b-155a-40b4-a6aa-5260a2e4b9bb>

DAVOLA, A.; R. PARDOLESI. *What is Wrong in the Debate about Smart Contracts*, in **EuCML**, 2020, p. 201 ss.;

DIEGA, G. Noto La, *Can Permissionless Blockchains be Regulated and Resolve some of the Problems of Copyright Law?*, in M. Ragnedda – G. Destefanis (curs.), **Blockchain and Web 3.0.: Social, Economic, and Technological Challenges**, Routledge 2020

DIMONT, J. *Royalty inequity: why music streaming services should switch to a per-subscriber model*, in 69 **Hastings L. J.**, 2018, p. 675 ss.

DUSOLLIER, S. *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition*, in 57 **CMLR**, 2020, p. 979 ss., spec. p. 1021 ss.;

ELTON, S. *Standardized Identifiers and Electronic Data Interchange Rules for Music*, in S. O'Connor (ed.), **The Oxford Handbook of Music Law and Policy**, Oxford, 2020

EUBOF, **Blockchain Innovation in Europe**, 2018, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20180727_report_innovation_in_europe_light.pdf;

EUBOF, **Convergence of Blockchain, AI and IoT**, 2020, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/report_convergence_v1.0.pdf.

EUBOF, **Governance of and with blockchains**, 2020, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_governance_v1.0_0.pdf

EUBOF, **Scalability, Interoperability and Sustainability of Blockchains**, 2019, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_scalability_06_03_2019.pdf

F. MOSTERT; WANG, J. *The Application And Challenges Of Blockchain In Intellectual Property Driven Businesses In China*, in 11 (1) **Tsinghua China L. Rev.**, 2018, p. 14 ss.

FAINI, F. *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in **Resp. civ. prev.**, 2020, p. 304 s.

FILIPPI, P. De; *Blockchain-based Crowdfunding: what impact on artistic production and art consumption?*, 2015, **ssrn.com**;

FILIPPI, P. DE; MCMULLEN, G.; MCCONAGHY, T.; C. CHOI; ROUVIERE, S. De La; BENET, J.; STERN, D. J. **How Blockchains can Support, Complement or Supplement Intellectual Property**, COALA Report, Working Draft, 2016, p. 3

FINCK, M. ; MOSCON, V. **Copyright Law on Blockchains: Between New Forms of Rights Administration and Digital Rights Management 2.0**, in 50 **IIC**, 2019, p. 77 ss.;

FINOCCHIARO, G. *Una prima lettura del Reg. UE n. 910/2014 (c.d. "Eidas"): identificazione "on line", firme elettroniche e servizi fiduciari (reg. UE n. 910/2014)*, in **Le Nuove leggi civili commentate**, 2015, p. 419 ss.

FISHER, K. *Once upon a Time in NFT: Blockchain, Copyright, and the Right of First Sale Doctrine*, in 37 (3) **Cardozo Arts & Ent. L.J.**, 2019, p. 631

FRANZOSI, M. *Misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore (art. 102-quater L.A.)*, in **R. d. ind.**, 2016, p. 544

FREZZA, G. *Blockchain, autenticazioni e arte contemporanea*, in **D. fam. e persone**, 2020, p. 489 ss.;

FROSIO, G. *Copyright – Is the machine an author?*, in CAPPELLO, M. (ed.), **Artificial intelligence in the audiovisual sector**, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, 2020, <https://rm.coe.int/iris-special-2-2020en-artificial-intelligence-in-the-audiovisual-secto/1680a11e0b>, p. 87 ss.;

GERVAIS, D. *The Machine As Author*, in 105 **Iowa L. Rev.**, 2020, p. 2053;

HOOPER, R. ; LYNCH, R. **Copyright Works - Streamlining Copyright Licensing for the Digital Age**, 2012, p. 10 ss., <http://www.ipo.gov.uk/dce-report-phase2.pdf>

Internet quali propulsori delle attività creative in rete, in **D. informaz. e informatica**, 2015, p. 111 ss. ;

JEONGHEE, C.; JANGYEON, L.; NAKYUNG, K.; JEEWOO, C. **Secure and reliable blockchain-based eBook transaction system for self-published eBook trading**, 2020, <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0228418>

KAPSOULIS, N. *Consortium Blockchain Smart Contracts for Musical Rights Governance in a Collective Management Organizations (CMOs) Use Case*, in 12 **Future Internet**, 2020, p. 134 ss.

KIEMLE, M. *Blockchain and Copyright Issues*, 4iP Council, 2019; A. SAVELYEV, *Copyright in the blockchain era: promises and challenges*, in 34 **Comput. Law Secur. Rev.**, 2018, p. 557 ss.;

KLOBUCNIK, L.; QUEIROZ, C. *The Role of Traditional CMOs in the Digital Era*, EIPIN – IS Research Paper No. 19-05, 2019, p. 3 ss.

LANA, P. *A possibilidade de contratos inteligentes no licenciamento de direitos de autor em Portugal*, in **Anais do XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**, Curitiba: GEDAI, 2020

LYONS, F.; SUN, H.; COLLOPY, D.; CURRAN, K.; OHAGAN, P. *Music 2025 – The Music Data Dilemma: Issues Facing the Music Industry in Improving Data Management*, 2019, ssrn.com

MARCHIONE, T. Gonçalves. **Digital Exhaustion and the Implementation of Blockchain E-books**, ssrn.com

MARGONI, Th. *Artificial Intelligence, Machine Learning and EU Copyright Law: Who Owns AI?*, in **AIDA**, 2018, p. 281;

MATULIONYTE, R. *Can Copyright be tokenized*, in 42(2) **EIPR**, 2020, p. 101 ss.

MAZZIOTTI, G. *What Is the Future of Creators' Rights in an Increasingly Platform-Dominated Economy?*, in 51(9) **IIC**, 2020, p. 1029

MEZEL, P. **From Leonardo to the Next Rembrandt –The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms**, in UFITA, 2020, 2, *ssrn.com*;

MOSCON, V. *Tecnologie blockchain e gestione digitale del diritto d'autore e connessi*, in **D. ind.**, 2020, p. 137 ss.

MUSSO, A. *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore e connessi*, in **R. trim. dir. proc. civ.**, 2018, p. 481 ss.;

NAHMIAS, Y. *The cost of coercion: Is there a place for 'hard' interventions in copyright law?*, in 17(2) **Nw. J. Tech. & Intell. Prop.**, 2020, p. 155

NASCIMENTO, S. ; PÓLVORA, A. (eds), **Blockchain Now And Tomorrow: Assessing Multidimensional Impacts of Distributed Ledger Technologies**, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2019, p. 78

OECD, **Regulatory Approaches to the Tokenisation of Assets**, OECD Blockchain Policy Series, 2021, p. 11, www.oecd.org/finance/Regulatory-Approaches-to-the-Tokenisation-of-Assets.htm

OECD, **The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets**, OECD Blockchain Policy Series, 2020, www.oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-PotentialImplications-for-Financial-Markets.htm

OPRYSK, L. *Secondary communication under the EU copyright acquis after Tom Kabinet: between exhaustion and securing work's exploitation*, in 11 (2) **J. Int. Property, Inf. Tech. & Electronic Comm. L.**, p. 200 ss.;

PALLAS, L. *Copyright Jumps the Shark: The Music Modernization Act*, in 99 (6) **Boston University Law Review**, 2019, p. 2519

PERZANOWSKI, A.; SCHULTZ, J. **The End of Ownership**, MIT Press, 2016, Case Legal Studies Research Paper No. 2020-24, *ssrn.com*;

PONS, J. *Blockchains and smart contracts in the culture and entertainment business*, in **Annales des Mines-Réalités industrielle**, 2017, 3, pp. 1 ss.;

RIIS, T. *Remuneration Rights in EU Copyright Law*, in 51 **IIC**, 2020, p. 446.

SANDEI, C. *Initial coin offering e appello al pubblico risparmio*, in CIAN, M.; SANDEI, C. (cur.), **Diritto del Fintech**, Padova, 2020, p. 285 ss.

SARTI, D. Collecting societies e potere monopolistico nell'analisi economica del diritto statunitense, in **G. comm.**, 2020, p. 23 ss.

SARTI, D. L'abrogazione del monopolio SIAE (art. 180 l.a.) nel contesto dell'attuazione della direttiva collecting, in **Nuove I. civ. comm.**, 2018, p. 1057 ss.;

SGANGA, C. Di aporie sistematiche e corto-circuiti teleologici: il no della Corte di Giustizia all'esaurimento digitale nel diritto d'autore europeo, in **Dir. inf. e informatica**, 2020, p. 596 ss.

SGANGA, C. **Il principio dell'esaurimento nel diritto d'autore digitale: un pericolo o una necessità?**, *ivi*, 2019, p. 21 ss.;

SPEDICATO, G. L'esaurimento UE dei diritti, in **AIDA**, 2016, p. 464.

SPEDICATO, G. Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore nella normativa italiana e comunitaria, in **Cyberspazio e diritto**, 2006, p. 535 ss.

TAM, T.N.L. Music Copyright Management on Blockchain: Advantages and Challenges, in 29 (3) **Alb. L.J. Sci. & Tech.**, 2019, p. 202 ss.;

TRESISE, A.; GOLDENFEIN, J.; HUNTER, D. What Blockchain Can and Can't Do for Copyright, in 28 **AIPJ**, 2018, p. 144 ss.;

WAGNIER, C. **Blockchains et smart contracts: premiers retours d'expérience dans l'industrie musicale**, *ivi*, p. 46 ss.;

WHITAKER, A. Art and Blockchain: A Primer, History, and Taxonomy of Blockchain Use Cases in the Arts, in 8 (2) **Artivate**, 2019, p. 32.

WHITAKER, A. Shared Value over Fair Use: Technology, Added Value, and the Reinvention of Copyright, in 37 (3) **Cardozo Arts & Ent. L.J.**, 2019, p. 635 ss.

WU, H.; ZHENG, G. Electronic evidence in the blockchain era: New rules on authenticity and integrity, in 36 **Comp. L. & Sec. Rev.**, 2020, p. 7 ss.;

XALABARMDER, R. **The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration of art.18 Digital Single Market Directive: Some Thoughts for its National Implementation**, 2020, *ssrn.com*

Recebido: 08/02/2021

Aprovado: 23/03/2021



**AS NOVAS FRONTEIRAS DOS
DIREITOS INTELECTUAIS**

PARTE II

RRDDIS

A IMPLEMENTAÇÃO DO ART. 17 DA DIRETIVA DSM NA ALEMANHA – VISÃO GERAL E QUESTÕES CONTROVERSAS NA REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

The Implementation of DSM Directive's Article 17 in Germany - Overview and Controversial Issues in the Regulation of Digital Platforms

Pedro Henrique D. Batista¹

RESUMO:

A nova Diretiva relativa a Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital deverá ser implementada pelos Estados-Membros da União Europeia nos próximos meses. O Projeto de Lei atualmente em discussão na Alemanha contém propostas inovadoras e controversas para a implementação do seu Art. 17 referente à responsabilidade dos prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdos online pela comunicação ao público de obras protegidas. Tendo em vista da relevância política e econômica da regulação alemã, o presente artigo analisa detalhadamente a atual versão deste Projeto de Lei, aprofundando-se em seus pontos mais sensíveis e identificando eventuais incongruências. Por meio disso, busca-se contribuir histórica e academicamente para a pesquisa nesta área, o que pode ser útil para a discussão sobre a modernização dos direitos autorais em outros países.

Palavras-chave: Direito Autoral; Comunicação ao Público; Diretiva DSM; Art. 17; Implementação; Alemanha; Pre-Flagging; Exceções e Limitações; Exceções de minimis; Plataformas Digitais; Compartilhamento de Conteúdo.

ABSTRACT:

The new Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market will be implemented by the EU Member States in the coming months. The bill of law currently under discussion in Germany contains innovative and controversial proposals for the implementation of its Art. 17 regarding the liability of online content-sharing service providers for the communication to the public of protected works. In view of the political and economic relevance of the German regulation, this article analyzes the current version of this bill of law in detail, addressing its most sensitive aspects and identifying some inconsistencies. Through this, it is expected to contribute historically and academically to the research in this field, which may be useful for the discussion on the modernization of the copyright law in other jurisdictions.

Keywords: Copyright; Communication to the Public; DSM Directive; Art. 17; Implementation; Germany; Pre-Flagging; Exceptions and Limitations; de minimis Exceptions; Digital Platforms; Content Sharing.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität (Munique) e Doutorando na mesma instituição. Pesquisador acadêmico do Instituto Max Planck para Inovação e Concorrência (Munique). E-mail: pedro.batista@ip.mpg.de.

SUMÁRIO

I) Introdução. **II)** O Art. 17 da Diretiva DSM: Contexto Político e Jurídico. **III)** O Projeto de Lei para a Implementação do Art. 17 da Diretiva DSM na Alemanha. **1.** Definição de Prestador de Serviços de Conteúdos Online. **2.** Responsabilidade das Plataformas. **3.** Obrigações dos Prestadores de Serviço. **a.** Melhores Esforços para a Obtenção da Licença. **b.** Bloqueio de Conteúdo Não-Autorizado. **c.** Remoção de Conteúdo Não-Autorizado. **d.** Remuneração Adequada ao Titular. **e.** Informação sobre Uso e Processos de Bloqueio e Remoção de Conteúdos. **4.** Exceções ao Direito de Exclusividade. **a)** Citações, Caricaturas, Paródias, Pastiches e Outros. **b)** Exceções de *minimis*. **5.** Extensão das Autorizações. **6.** Caracterização de Conteúdo como Permitido (*Pre-Flagging*). **7.** Recursos. **8.** Abuso de Direitos. **9.** Indisponibilidade dos Direitos. **IV.** Conclusão. Referências

I INTRODUÇÃO

Um dos temas mais discutidos na área de direitos autorais na União Europeia nos tempos atuais é a Diretiva relativa a Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital (UE/2019/790, adiante denominada “Diretiva DSM”),² a qual entrou em vigor em junho de 2019 e deve ser implementada pelos Estados-Membros até junho de 2021. Esta diretiva regula diversos aspectos relativos a direitos autorais e conexos em âmbito regional, tais como as exceções e limitações para a prospeção de textos e dados (*text and data mining*),³ a utilização de obras em atividades pedagógi-

² Vide Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos Direitos de autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital. **Jornal Oficial** n° L 130/92. Data de Publicação: 17/05/2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790&from=EN> (último acesso em 21 jan. 2021). P. 92–125.

A popularmente conhecida denominação “Diretiva DSM” decorre da abreviação do termo “mercado único digital” em inglês (“Digital Single Market”).

³ Art. 4 da Diretiva DSM.

cas digitais e transfronteiriças,⁴ o acesso a obras de arte visual em domínio público,⁵ a proteção de publicações de imprensa em casos de uso *online*⁶ e a concessão de licenças coletivas com efeitos alargados.⁷

Apesar destas importantes inovações legais, o aspecto mais controverso desta Diretiva é seu Art. 17, o qual regula a questão da responsabilidade dos prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdos *online* pela comunicação ao público dos conteúdos protegidos por direitos autorais ou conexos. Este extenso dispositivo legal dá origem a um detalhado sistema de responsabilização jurídica, o qual inclui deveres legais, exceções à responsabilidade e a polêmica questão da introdução dos filtros de *upload* pelas plataformas digitais de compartilhamento de conteúdo.

Em outubro de 2020, a Alemanha apresentou a sua versão mais atual do Projeto de Lei que tem sido elaborado pelo Ministério da Justiça e Proteção ao Consumidor, adiante denominado “BMJV” (sigla do termo em alemão *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*). Este projeto é relevante não somente pelos fatos de a Alemanha ser a maior economia da União Europeia, ter sido um dos países participou mais ativamente na negociação da Diretiva DSM e ter a sociedade civil que se manifestou mais veementemente contra esta Diretiva, mas também por sugerir uma regulação inovadora nesta área, a qual apresenta mecanismos importantes, controversos e até mesmo surpreendentes que podem ser garantidos por lei em um futuro próximo e inspirar outros Estados-Membros a adotar disposições legais semelhantes.

O intuito do presente artigo é analisar em detalhe o atual Projeto alemão – ainda em fase de elaboração pelo Poder Executivo – para a sua implementação no direito nacional, aprofundando-se em seus pontos mais sensíveis e identificando eventuais incongruências. Para tal, será abordado inicialmente o contexto jurídico e político do Art. 17 da Diretiva

⁴ Art. 5 da Diretiva DSM.

⁵ Art. 14 da Diretiva DSM.

⁶ Art. 15 da Diretiva DSM.

⁷ Art. 12 da Diretiva DSM.

DSM e do Projeto de Lei alemão, o qual será seguido de uma análise dos principais dispositivos legais deste projeto.

Neste contexto, há de se ressaltar três pontos relevantes para fins de definição de escopo e delimitação do conteúdo do artigo.

Primeiramente, o presente artigo não tem a pretensão de rediscutir os fundamentos e a redação do Art. 17 da Diretiva DSM em si, os quais tem sido objeto de grande discussão política e acadêmica ao longo dos últimos anos. Embora certas referências ao Art. 17 sejam inevitáveis para fins de informação, contextualização e problematização do Projeto de Lei, o artigo se concentra primordialmente na implementação do artigo no direito alemão.

Em segundo lugar, uma vez que o Projeto de Lei analisado até a data de submissão deste artigo⁸ está em trâmite no Poder Executivo e ainda será enviada ao Poder Legislativo alemão para a devida apreciação, é possível que sensíveis alterações ocorram ao longo dos próximos meses e que o texto final da lei alemã contenha importantes diferenças em relação ao projeto ora discutido. Ainda que seja este o caso, este registro pode ter um importante valor histórico e acadêmico, uma vez que o Brasil e vários outros países tem trabalhado em ideias para a modernização do direito autoral em vista dos avanços na internet.⁹

Finalmente, embora se proponha primordialmente a uma análise crítica e aprofundada do Projeto de Lei, o que inclui a apresentação de seus dispositivos legais em detalhe e a ponderações sobre seus aspectos mais relevantes problemáticos, o presente artigo não pretende apresentar soluções concretas para cada um dos problemas identificados. Esta tarefa seria não somente de difícil execução no âmbito de um único artigo, mas também prescindível em vista de seu escopo material, o qual compreende a reflexão jurídica sobre os mecanismos legais sugeridos para a responsabilização das plataformas digitais pela comunicação ao público de obras

⁸ Este artigo foi submetido na data de 21/01/2021.

⁹ Para exemplos de projetos de lei nesta área em trâmite no Brasil, vide PL 2370/2019 (Dep. Fed. Jandira Feghali (PCdoB/RJ)) e PL 4255/2020 (Sen. Angelo Coronel (PSD/BA)).

protegidas e eventuais orientações para legisladores tanto na Alemanha quanto em outros países.

II O ART. 17 DA DIRETIVA DSM: CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO

Nos últimos anos, as plataformas online de compartilhamento de conteúdo entre usuários têm crescido de maneira significativa em nível internacional. Um dos exemplos mais notáveis é o da plataforma *YouTube* no setor audiovisual, cuja receita em 2019 ultrapassou os 15 bilhões de dólares e ultrapassou em mais de 30% a de 2018.¹⁰ *Vimeo* e *Twitch*, esta última amplamente utilizada entre *gamers*, são exemplos de plataformas em ascensão no mesmo setor, enquanto *Flickr* e *Pinterest* tem obtido crescente êxito no âmbito de compartilhamento de imagens e fotografias. Os usuários podem utilizar as plataformas tanto ativamente para o carregamento e compartilhamento de conteúdos (usuários ativos), quanto passivamente para o mero consumo de conteúdo (usuários passivos).

Sob a perspectiva dos direitos autorais, um aspecto relevante destas plataformas é o frequente oferecimento de acesso a conteúdos protegidos, seja diretamente, como no caso de uma música ou um videoclipe compartilhados integralmente, seja indiretamente, com obras autorais utilizadas no âmbito de vídeos mais extensos carregados por usuários ativos amadores ou profissionais. Em grande parte dos casos, a comunicação ao público destes conteúdos ocorre sem a devida autorização do titular, ato o qual, quando não compreendido pelas exceções e limitações vigentes, caracteriza uma infração aos direitos autorais.

Entretanto, na prática, a execução de direitos contra os usuários individuais encontra grandes desafios, os quais incluem, entre outros, a

¹⁰ Vide resultados oficiais do quarto trimestre e do ano fiscal integral de 2019 publicados pela *Alphabet*, a holding do grupo Google, em 03/02/2020, disponíveis em https://abc.xyz/investor/static/pdf/2019Q4_alphabet_earnings_release.pdf (último acesso em 21 jan. 2021); para detalhes, vide LESKIN, Paige. **Finally: Google just revealed YouTube's ad revenue, 14 years after acquiring it, and the video site brought in \$15 billion last year.** *Business Insider (online)*. 03/12/2020.

identificação do infrator, a viabilidade econômica da persecução civil contra uma grande número de usuário em diferentes jurisdições, o cálculo e a reparação de danos *de facto*. Esta dificuldade impossibilita em partes o auferimento de uma remuneração justa e equitativa dos titulares pelo uso das obras protegidas, ao passo que proporciona às plataformas lucro e crescimento em virtude de sua utilização, os quais decorrem, por exemplo, de conteúdo publicitário. Diante disso, a pressão da indústria cultural para a responsabilização das plataformas pela comunicação ao público dos conteúdos protegidos tem sido crescente nos últimos anos.

A União Europeia, um dos maiores mercados nesta área, tem sido palco de um extenso debate sobre a forma adequada de regulação. É bem verdade que os prestadores de serviço de compartilhamento de conteúdo online não estiveram ali absolutamente livres de responsabilidade durante as últimas décadas. De acordo com o Art. 14 da Diretiva sobre o Comércio Eletrônico (2000/31/CE),¹¹ a qual entrou em vigor no ano 2000, o prestador de um serviço de armazenamento de conteúdo se exime da responsabilidade quando não tiver efetivo conhecimento da atividade ou informação ilegal ou, tendo adquirido conhecimento, atua com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações. Neste caso, porém, a responsabilidade do prestador é apenas mediata, dependendo do seu conhecimento do ilícito e sendo considerada apenas em caso de descumprimento do dever de remoção e bloqueio do conteúdo após tomar conhecimento da infração. Em virtude destas exigências necessárias para a responsabilização, este dispositivo é comumente denominado como o „*safe harbour*“ das plataformas digitais.

A Diretiva sobre Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade da Informação (2001/29/CE, adiante denominada “Diretiva InfoSoc”),¹² por sua vez, garante aos titulares entre outros o direito de autorizar

¹¹ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a Certos Aspectos Legais dos Serviços da Sociedade de Informação, em Especial do Comércio Electrónico, no Mercado Interno. **Jornal Oficial** nº L 178. Data de Publicação: 17/07/2000. P. 1-16. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT> (último acesso em 21 jan. 2021)

¹² Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 relativa à Harmonização de Certos Aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Co-

a comunicação ao público das obras protegidas por direitos autorais.¹³ Esta Diretiva, entretanto, entrou em vigor no ano de 2001. Embora, naquela época, as plataformas de compartilhamento de conteúdo *online* já começassem a ganhar expressão (o *KaZaA*, por exemplo, foi fundado em março de 2001¹⁴), a expansão exponencial do compartilhamento de conteúdos só viria a ocorrer no final da mesma década, de forma que a regulamentação não foi concebida para atribuir uma responsabilidade direta às grandes plataformas, as quais continuavam ancoradas no *safe harbour* do Art. 14 da Diretiva sobre o Comércio Eletrônico.

Ainda que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU) tenha interpretado o Art. 3 da Diretiva InfoSoc extensivamente nos últimos anos, estendendo aos titulares o direito de exclusividade, por exemplo, sobre hiperlinks que direcionam o usuário a uma página que possui conteúdo protegido,¹⁵ sobre a comercialização de leitores multimídia,¹⁶ e contra plataformas que tem por finalidade principal o compartilhamento de conteúdo não-autorizado (ex.: *Pirate Bay*),¹⁷ há sérias dúvidas sobre se dispositivo legal poderia ensejar a responsabilização de plataformas digitais que não tenham o conhecimento da infração específica, simplesmente por não adotarem um mecanismo efetivo para bloquear o carregamento de conteúdo ilegal. Duas ações pautadas nesta questão estão atualmente em andamento no TJEU (*YouTube* e *Uploaded*)¹⁸, mas ainda não foram julgadas.

Diante disso, o legislador europeu incluiu a questão da responsabilização das plataformas pela comunicação ao público dos conteúdos

nexos na Sociedade da Informação. **Jornal Oficial** n° L 167. Data de Publicação: 22/06/2001. P. 10-19. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=ES> (último acesso em 21 jan. 2021).

¹³ Art. 3 da Diretiva InfoSoc.

¹⁴ PATALONG, Frank. „**KaZaA ist wie eine Knarre am Kopf**“. Spiegel Online. 10/12/2004.

¹⁵ TJEU. C-160/15 – *GS Media*. ECLI:EU:C:2016:644. Data do Julgamento: 08/09/2016.

¹⁶ TJEU. C- 527/15 – *Stichting Brein*. ECLI:EU:C:2017:300. Data do Julgamento: 26/04/2017.

¹⁷ TJEU. C-610/15 – *Stichting Brein*. ECLI:EU:C:2017:456. Data do Julgamento: 14/06/2017.

¹⁸ TJEU. C-682/18 – *YouTube*. Os processos *YouTube* e *Uploaded* são conexos e ainda não foram julgados.

protegidos no pacote de iniciativas negociadas para a modernização do direito autoral da União Europeia (“*EU Copyright Package*”). Os motivos principais para tal seriam a garantia da segurança jurídica, a harmonização do mercado interno, a (questionável) necessidade de manutenção do elevado nível de proteção de direitos autorais, o desenvolvimento de mercados de licenças, a remuneração adequada pela utilização de obras e outros conteúdos protegidos, o equilíbrio de direitos e interesses e a conservação do patrimônio cultural.¹⁹

Durante as negociações, a ideia central foi estabelecer a responsabilidade direta dos prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdo *online* pela comunicação ao público de conteúdos protegidos, de forma que estes deveriam, em primeira linha, obter a devida licença dos titulares. Em caso de impossibilidade ou inviabilidade de obtenção da licença, o afastamento da responsabilidade seria possível por meio do cumprimento de determinadas obrigações, como a de instalar um efetivo filtro de *upload* que bloqueasse o carregamento de conteúdo não-autorizado.

Especialmente este último aspecto foi muito atacado pela sociedade civil durante as negociações, uma vez que filtros de *upload* poderiam violar as liberdades de expressão e informação, direitos fundamentais garantidos na União Europeia.²⁰ Além disso, a introdução destes mecanismos automatizados poderiam provocar o bloqueio indevido de conteúdo legal ou contratualmente autorizado ao usuário ou à plataforma, causando um indesejado *overblocking*.²¹ Protestos contra esta regulação foram organizados em todo o continente, sendo a Alemanha o país que apresentou a maior oposição, chegando a reunir em um único dia quase 200.000 pessoas nas ruas contra a medida.²²

Ainda assim, a Diretiva DSM foi aprovada e entrou em vigor em 7 de junho de 2019. Apesar de não determinar expressamente a introdução do filtro de *upload*, ela prevê que, na ausência de autorização dos respectivos

¹⁹ Estes motivos acabaram por ser expressamente mencionados nos Considerandos da Diretiva DSM, a qual resultou das negociações do *EU Copyright Package*.

²⁰ HOLZNAGEL. *Op. Cit.* P. 4.

²¹ HOLZNAGEL, Bernd. **Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL.** ZUM 2020, P. 4.

²² REUTER, Markus. **Demos gegen Uploadfilter: Alle Zahlen, alle Städte.** Netzpolitik.org (*online*). 23/03/2019.

titulares, os prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdo *online* serão responsabilizados pela comunicação ao público de obras ou outros materiais protegidos veiculados nas plataformas digitais, salvo se, entre outros, efetuarem, “de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias”.²³ A interpretação predominante é que tais elevados padrões de diligência profissionais correspondem, em regra, aos polêmicos filtros de *upload*.²⁴

Ao contrário dos Regulamentos, as Diretivas da União Europeia não são diretamente aplicáveis nos Estados-Membros, sendo necessária a devida implementação pelo legislador nacional. A Polônia não pretende introduzir filtros de *upload* em sua legislação e ajuizou uma ação de nulidade parcial do Art. 17 da Diretiva DSM perante o TJEU²⁵, alegando que a sua exigência viola tanto as liberdades de expressão e de informação. Por sua vez, a Alemanha informou protocolarmente que, se possível, não determinaria a introdução de filtros de *upload* em seu direito nacional.²⁶

Formalmente, porém, os Estados-Membros da União Europeia devem implementar a Diretiva DSM até o dia 7 de junho de 2021. O processo legislativo na Alemanha já está em andamento. O BMJV tem feito consultas e elaborado um Projeto de Lei que será apresentado ao Poder Legislativo alemão.

²³ Art. 17 (4) (b) da Diretiva DSM.

²⁴ PETERS, Nils; SCHMIDT, Jan Hendrik. **Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde.** GRUR Int 2019. P. 1009; HOFMANN, Franz. **Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL.** GRUR 2019. P. 1220; HOLZNAGEL. *Op. Cit.* P. 3; STUETZLE, Christiane; ERNST, Patricia C. **EU Copyright Directive – Quo Vadis: First Steps Towards its German Implementation.** Morrison Foerster (online). 01/10/2020; SCHMID, Gregor / BARUDI, Malek. Implementierung der DSM-Urheberrechts-Richtlinie. TaylorWessing (online). 09/07/2020.

²⁵ TJEU. C-401/19 – Polónia/Parlamento e Conselho. Ainda não julgado.

²⁶ BMJV. **Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Artikel 17 der Richtlinie.** Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519_Protokollerklärung_Richtlinie_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (último acesso em 21 jan. 2021). Para 4.

III O PROJETO DE LEI PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO ART. 17 DA DIRETIVA DSM NA ALEMANHA

A primeira versão (“*Diskussionsentwurf*”)²⁷ do Projeto de Lei elaborado pelo Ministério da Justiça e Proteção ao Consumidor foi publicada em junho de 2020. Após uma consulta pública e consequentes adaptações, a segunda versão do Projeto, elaborada por especialistas internos do Ministério (“*Referentenentwurf*”), foi oficialmente publicada em 13 de outubro de 2020.²⁸ Esta última é o objeto de análise do presente artigo, a qual ocorrerá a seguir.

É válido mencionar que, a exemplo do que corriqueiramente ocorre na legislação infraconstitucional alemã, os dispositivos do Projeto de Lei não são expressos em artigos, mas sim diretamente em parágrafos (§§). Eis a razão para a utilização a seguir desta designação pouco comum em países de língua portuguesa.

1 Definição de Prestador de Serviços de Conteúdos Online

O cerne do Art. 17 da Diretiva DSM reside na responsabilização dos prestadores de serviço de compartilhamento de conteúdos *online* pela comunicação ao público de conteúdos protegidos. Por esta razão, é importante saber o que se entende por prestadores de serviço para estes fins.

De acordo com o § 2 do Projeto de Lei, prestadores de serviços são aqueles que:

²⁷ Vide BMJV. **Diskussionsentwurf: Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes**. Data de Publicação: 24/06/2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_II_Anpassung-Urheberrecht-dig-Binnenmarkt.html;j-sessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?nn=6712350 (último acesso em 21 jan. 2021).

²⁸ Vide BMJV. **Referentenentwurf für das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes**. Data de Publicação: 13/10/2020. Acessível em https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (último acesso em 21 jan. 2021).

- (i) têm o armazenamento e a comunicação ao público de grandes quantidades de obras protegidas como objetivo principal,
- (ii) organizam o conteúdo protegido,
- (iii) possuem fins lucrativos e
- (iv) concorrem com outros serviços de conteúdo *online* pelo mesmo público-alvo.

Os três primeiros requisitos se assemelham com aqueles definidos no Art. 2º nº 6 da Diretiva DSM.

Com relação ao primeiro, o conceito de “grandes quantidades de obras protegidas” a serem armazenadas e comunicadas ao público é aberto e não possui uma estrutura dogmática intrínseca para a sua definição. Caberá ao Poder Judiciário determinar os seus contornos nos casos concretos.²⁹ Ainda assim, há certo consenso no sentido de que as grandes plataformas de abrangência global, tais como *YouTube*, *Vimeo*, *Pinterest*, *Twitch* e *Flickr*, se enquadram nesta definição.

Um outro aspecto relevante do primeiro requisito é que o armazenamento e comunicação ao público devem consistir em um *objetivo principal* da plataforma. Tal como o conceito anterior, este também não possui uma clara definição e exigirá maior detalhamento nos casos específicos. Dúvidas surgem, por exemplo, no caso de grandes plataformas que utilizam determinado tipo de conteúdo protegido apenas acessoriamente na prestação do serviço.

Um exemplo disso pode ser encontrado no *YouTube*. Embora a principal característica do serviço seja o compartilhamento de conteúdos musicais ou audiovisuais, o link para acesso ao conteúdo na página principal, nas recomendações ou nos resultados de busca das plataformas pode ser caracterizado por uma imagem. Neste caso, questiona-se se a plataforma, para eximir-se de sua responsabilidade, deveria obter a licença somente para uso das obras musicais e audiovisuais, cujo compartilhamento certamente faz parte de seu objetivo principal, ou, em vista de sua relevância para o funcionamento da plataforma e da abrangência global do serviço,

²⁹ PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1006.

o compartilhamento das imagens que ilustram os respectivos links (fotografias, capa de álbuns etc.) também deveria ser considerado no escopo do objetivo principal e também ensinar o dever de obtenção de licença.

Dúvidas semelhantes podem apresentar as fotografias utilizadas na plataforma *LinkedIn*. Apesar de a principal característica da plataforma ser a informação e intermediação de contatos profissionais, é comum que os perfis dos usuários contenham fotografias, as quais agregam valor à página do usuário e potencialmente aumentam probabilidade de êxito na busca por contatos profissionais. Na mesma linha, embora a característica principal de plataformas como o *Tinder* seja a promoção de relacionamentos, os perfis dos usuários também contam com fotografias muitas vezes feitas por terceiros e carregadas de maneira não-autorizada.³⁰ A ausência destas fotografias, entretanto, praticamente inviabiliza o devido uso da plataforma pelo usuário. Em ambos os casos, é possível questionar-se se o compartilhamento destas imagens não consiste de fato em um dos objetivos principais das respectivas plataformas.

No que tange ao segundo critério, o prestador de serviços deverá também organizar o conteúdo para estar sujeito às disposições legais do Projeto de Lei. De maneira geral, este requisito é interpretado de maneira ampla, bastando para o seu preenchimento a mera classificação ou categorização do conteúdo, as quais podem ser expressas, por exemplo, pela utilização de ferramentas de buscas nas plataformas (ex.: a lupa para a busca baseada em palavras-chave).³¹

Os fins lucrativos como terceiro requisito abrangem a atividade do prestador de serviços e independem da forma sob a qual os lucros são ou podem ser auferidos. Assim, um prestador de serviço pode ser qualificado como tal para fins da lei tanto se receber pagamentos diretos dos usuários como se forem indiretamente financiados por meio de anúncios comerciais, ainda que a utilização ativa ou passiva pelos usuários seja gratuita.³² Plataformas que não possuem tais fins lucrativos, como a *Wikipedia*, não são abrangidas pelo Projeto de Lei.

³⁰ PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1007.

³¹ Vide PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1006.

³² PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1006.

Diferentemente dos três requisitos supramencionados, os quais coincidem com aqueles definidos no Art. 2º n° 6 da Diretiva DSM, o quarto critério estabelecido pelo Projeto de Lei alemão para a caracterização do prestador de serviços – a concorrência com outros serviços de conteúdo *online* pelo mesmo público-alvo – não encontra paralelo nos artigos da Diretiva DSM. Sua presença no Projeto de Lei, entretanto, não chega a ser surpreendente e tampouco ameaça concretamente a devida harmonização jurídica na União Europeia. Isso porque, ainda que não traduzido nas disposições legais vinculantes, o Considerando n° 62 da Diretiva DSM prevê este critério,³³ o qual pode eventualmente ser adotado por outros Estados-Membros.

Tomando novamente o exemplo do *YouTube*, há de se considerar sem grandes dificuldades que o serviço disponibilizado com base no compartilhamento de obras musicais e audiovisuais concorre com outros serviços *online* pelo mesmo público-alvo (e que possivelmente obtenham *a priori* a devida autorização do titular), tais como o *Spotify*. Entretanto, tal como na supramencionada problemática referente ao objetivo principal da plataforma, é questionável se a utilização de imagens para caracterizar os links de compartilhamento de obras musicais ou audiovisuais no *YouTube* e de imagens de perfil no *LinkedIn* ou no *Tinder* seja suficiente para caracterizar a concorrência com outros serviços pelo mesmo público-alvo.

Em vista destes critérios, e à luz do Art. 2º n° 6 da Diretiva DSM, o Projeto de Lei exclui expressamente determinados serviços de seu escopo de aplicação por não preencherem os requisitos necessários, tais como enciclopédias *online* (ex.: *Wikipedia*), repositórios científicos e acadêmicos (ex.: *SSRN*), plataformas de software de fonte aberta, serviços de comunicação eletrônica (ex.: *WhatsApp*), mercados online (ex.: *eBay*, *Amazon*) e serviços de armazenamento em nuvem, quando utilizado entre empresas ou para uso meramente privado. Neste último caso, porém, existe a dúvida se ser-

³³ Considerando n° 62 da Diretiva DSM: “A definição de prestador de serviço de partilha de conteúdos em linha prevista na presente diretiva deverá visar apenas os serviços em linha que desempenham um papel importante no mercado de conteúdos em linha ao competirem com outros serviços de conteúdos em linha, como os serviços de transmissão de áudio e de vídeo em linha, relativamente ao mesmo público.” (grifo nosso).

viços de armazenamento em nuvem direcionados primariamente para uso privado, mas cujo conteúdo pode ser compartilhado com terceiros selecionados (ex. *Dropbox*, *Google Drive*), estariam isentos do escopo legal.

2 Responsabilidade das Plataformas

O ponto central desta nova regulação na área de direitos autorais e conexos consiste na responsabilização dos prestadores de serviço de compartilhamento de conteúdo *online*. Atendendo à norma do Art. 17 (1) e (5) da Diretiva DSM,³⁴ o § 1 do Projeto de Lei em discussão pelo Poder Executivo na Alemanha determina que o prestador de serviço³⁵, a princípio, realiza a comunicação ao público da obra ao disponibilizar o acesso a conteúdos carregados pelos usuários.

Entretanto, a responsabilidade pode ser afastada se ele cumprir determinados deveres legais, a saber, o emvidamento de melhores esforços para a obtenção de uma licença e o bloqueio e a remoção de conteúdos indevidamente carregados a partir de informações concedidas pelos respectivos titulares.³⁶

O parâmetro de avaliação do cumprimento destes deveres deve considerar os mais elevados padrões de diligência profissional do setor e ser feita à luz do princípio da proporcionalidade. Com relação ao primeiro aspecto, tem-se que, em caso de não-obtenção de uma licença apesar do emvidamento dos melhores esforços, a plataforma não poderá ser responsabilizada pela comunicação ao público se, mesmo se utilizando dos mais elevados padrões de diligência profissional do setor, não conseguir impedir o carregamento e o acesso a determinado conteúdo não-autorizado.

Neste ponto, nota-se que, apesar da declaração protocolar da Alemanha após a aprovação da Diretiva no sentido de que não implementaria o dever de utilização dos filtros de *upload* em seu direito nacional,

³⁴ Sobre a responsabilidade direta do prestador de serviços pela comunicação ao público no contexto da Diretiva DSM, vide HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1219.

³⁵ Vide definição no item III.1 acima.

³⁶ Para detalhes sobre as obrigações dos prestadores de serviço, vide item III.3 abaixo.

o Projeto de Lei utiliza-se do mesmo termo empregado pelo legislador europeu (“mais elevados padrões de diligência profissional no setor”) e que, como já observado, é considerado pela doutrina como um dever de utilização de filtros de *upload*, uma vez que inexistem mecanismos de bloqueio mais efetivos na atualidade. De fato, apesar das críticas fundamentadas contra a utilização deste mecanismo, é improvável que o legislador alemão não empregue este termo e não estabeleça este dever na sua lei de implementação, pois isso consistiria em uma violação ao direito europeu. Corretamente, portanto, o Projeto de Lei busca estabelecer um maior equilíbrio de interesses e evitar o bloqueio de conteúdos cujo uso é legalmente ou contratualmente autorizado por meio de outros mecanismos, como a introdução de exceções aos direitos de exclusividade e a possibilidade de o usuário caracterizar o conteúdo carregado como permitido, conforme se verificará adiante.

A expressa aplicação do princípio da proporcionalidade permite que a responsabilidade das plataformas digitais pela comunicação ao público seja afastada mesmo nas hipóteses em que estes deveres não sejam devidamente cumpridos, desde que o seu cumprimento demande um esforço desproporcional. A exemplo do Art. 17 V da Diretiva, o § 1 II indica expressamente e de maneira não-taxativa alguns elementos a serem considerados à luz deste princípio, tais como (i) o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, (ii) o tipo de obras ou conteúdo protegido carregado pelos utilizadores do serviço e (iii) a disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

Assim, a depender do caso concreto, é possível que o dever de envidamento dos melhores esforços para a obtenção de uma licença, mesmo sem a sua concretização, seja considerado como cumprido caso o titular de direito condicione a autorização do uso de determinado conteúdo à obtenção de direitos sobre outros conteúdos não correspondentes ao tipo, público-alvo e dimensão do serviço. Ademais, o dever de utilização de filtros de *upload* como instrumento de bloqueio correspondente aos mais elevados padrões de diligência profissional no setor pode ser relativizado a depender dos custos de sua aquisição e utilização para plataformas de menor porte e menor poder aquisitivo, as quais

poderiam eventualmente utilizar mecanismos alternativos que, proporcionalmente à sua dimensão e capacidades, garantam a devida proteção dos direitos autorais e conexos.

Conforme se verificará no item a seguir, o princípio da proporcionalidade aqui estatuído encontra reflexos também na atribuição específica dos deveres dos prestadores de serviço, tais como na indicação de fatores de devem ser observados na negociação de uma licença e de agentes de mercado que são legalmente liberados do cumprimento de determinados deveres.

Ademais, o Projeto de Lei estabelece ainda que a responsabilidade do prestador de serviço não será afastada se seu objetivo for facilitar ou participar da infração legal. Assim, plataformas que ativamente participam da violação de direitos autorais ou que, a partir de sua própria estrutura e constituição, tem por finalidade própria o compartilhamento indevido de conteúdos, tais como o *Pirate Bay*, serão responsabilizadas pela comunicação ao público destes conteúdos independentemente de quaisquer considerações à luz do princípio da proporcionalidade.

Esta norma é condizente com a finalidade da nova regulamentação, a qual visa, entre outros, uma efetiva proteção de direitos autorais e conexos, o desenvolvimento do mercado de licenças³⁷ e uma remuneração adequada pela utilização de obras no mercado europeu. Embora sua necessidade seja questionável, uma vez que é extremamente improvável que uma plataforma que facilite ou participe da infração legal cumpra os deveres estatuídos no Projeto de Lei ou possa se socorrer ao princípio da proporcionalidade, sua importância reside principalmente na segurança jurídica que ela atribui ao ordenamento.

Por fim, cumpre ressaltar que o afastamento da responsabilidade direta dos prestadores de serviço pela comunicação ao público no âmbito do Projeto de Lei e, conseqüentemente, no âmbito da Diretiva DSM, não exclui a sua responsabilidade mediata no âmbito do Art. 14 da Diretiva sobre o Comércio Eletrônico ("*safe harbour*")³⁸, a qual, conforme mencionado

³⁷ PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1006.

³⁸ Para detalhes, vide item II acima.

acima,³⁹ depende do conhecimento prévio da atividade ilícita pelo prestador ou do não-emprego da devida diligência para a remoção e bloqueio de conteúdos indevidos após a tomada de conhecimento da infração.

3 Obrigações dos Prestadores de Serviço

O Projeto de Lei prevê certas obrigações a serem cumpridas pelo prestador de serviço de compartilhamento de conteúdos *online* perante os titulares de direito. O cumprimento de três delas – o envidamento de melhores esforços para a obtenção da licença, o bloqueio de conteúdo não-autorizado e a remoção de conteúdo não-autorizado – é pressuposto para o afastamento da responsabilidade do prestador de serviços pela comunicação ao público das obras veiculadas na plataforma (§ 1 do Projeto de Lei), enquanto as demais consistem em obrigações legais sem vínculos com a responsabilidade pela infração autoral. Com exceção das regras referentes à remuneração adequada dos titulares no caso de incidência das exceções legais, todas as demais encontram norma correspondente no Art. 17 da Diretiva DSM.

***a* Melhores Esforços para a Obtenção da Licença**

De acordo com o § 4 do Projeto de Lei, o prestador de serviço é obrigado a envidar seus melhores esforços para a obtenção contratual de direitos de uso que compreendam a comunicação ao público das obras protegidas. Esta obrigação é cumprida quando plataforma adquire os direitos de uso que lhe são oferecidos ou que estão disponíveis em uma sociedade de gestão coletiva situada na Alemanha. O dispositivo determina ainda que os direitos de uso acima mencionados devem (i) abranger conteúdos que o prestador tipicamente comunica ao público, (ii) cobrir um repertório significativo de obras e titulares de direito, (iii) estender-se a todo o território alemão e (iv) possibilitar o uso em condições razoáveis.

³⁹ Vide item II acima.

Apesar de sua aparência simples, este dispositivo apresenta importantes nuances. Sendo os prestadores de serviço diretamente responsáveis pela comunicação ao público com conteúdo compartilhado nas plataformas digitais, este artigo atribui a eles inicialmente o dever de obtenção dos respectivos direitos de uso perante o titular. A partir do momento em que estes direitos são adquiridos, a comunicação ao público torna-se devidamente autorizada e não mais constitui uma infração aos direitos autorais ou conexos.

A aquisição de uma licença, entretanto, pressupõe uma negociação entre as partes. Um aspecto relevante para esta negociação é a determinação de quem tem o ônus de contactar a contraparte e fazer a primeira oferta. Se este ônus recaísse integralmente sobre os prestadores de serviço, eles teriam que contactar todos os titulares de direito ou seus devidos representantes, independentemente do tamanho de seu repertório de obras, e eventualmente fazer a cada um deles uma oferta para a obtenção da licença. Na prática, uma exigência como essa inviabilizaria a atividade das plataformas digitais de compartilhamento, pois o seu cumprimento seria muito oneroso ou mesmo impossível.

Por este motivo, o Projeto de Lei determina que o dever do prestador de serviço resta cumprido se ele adquirir os direitos *que lhe sejam oferecidos ou que estejam disponíveis em uma sociedade de gestão coletiva* situada na Alemanha. Desta redação se infere que os prestadores de serviço somente tem o dever de contactar ativamente as sociedades de gestão coletiva localizadas na Alemanha para fins de obtenção da licença, tais como a GEMA para obras musicais, a VG Bild Kunst para artes visuais em geral e a GÜFA para filmes. Estas sociedades são devidamente reguladas pelo direito nacional alemão, o que inclui deveres que facilitam a concessão de licenças e parâmetros para os cálculos dos royalties. Por sua vez, as sociedades de gestão coletiva estrangeiras e demais titulares de direito devem oferecer os direitos de uso às plataformas digitais, tendo assim também o ônus de fazer a primeira oferta. Se as plataformas não forem contactadas ou se a elas não for oferecida a devida licença, a responsabilidade pela comunicação ao público dos prestadores de serviço poderá ser afastada, desde que sejam cumpridos os requisitos

adicionais referentes ao bloqueio e à remoção de conteúdos quando solicitados pelos respectivos titulares.

Esta distribuição mais equilibrada do ônus referentes à oferta, entretanto, não garante por si só a viabilidade da obtenção contratual dos direitos de uso pelas plataformas digitais. Ofertas excessivamente onerosas ou que incluam conteúdos não-relacionados à atividade da plataforma bem como a obrigação de negociar com milhares de ofertantes individuais com repertório reduzido podem comprometer a atividade comercial almejada. Em razão disso, e à luz do princípio da proporcionalidade estabelecido no § 1 do Projeto de Lei,⁴⁰ seus elaboradores estabeleceram determinados limites aos direitos de uso que devem ser adquiridos pelos prestadores de serviço.

Assim, a oferta de direitos de uso deve abranger todo o território alemão e possibilitar o uso em condições razoáveis. Ofertas cujo âmbito territorial seja restrito a determinadas cidades ou regiões do território alemão e ou que possuam condições irrazoáveis em vista da atividade comercial dos prestadores de serviço (ex.: royalties excessivos) não precisam, portanto, ser necessariamente aceitas, restando neste caso afastado o dever de obtenção da licença.

Na mesma linha, os direitos de uso a serem licenciados devem abranger conteúdos que o prestador tipicamente comunica ao público. Uma oferta de licença que abranja conteúdos que não sejam tipicamente utilizados no âmbito da plataforma e que, em decorrência disso, acarretam maiores custos para os prestadores de serviço, é desproporcional e, portanto, não precisa ser necessariamente aceita.

O termo “tipicamente” nesta norma oferece espaço para diferentes interpretações e sua real delimitação ocorrerá no caso concreto. Na exposição de motivos do Projeto de Lei, seus elaboradores mencionam que, no âmbito desta norma, uma plataforma que comunica ao público principalmente obras audiovisuais não tem o dever de adquirir direitos de uso de fotografias, ainda que estas sejam eventualmente carregadas

⁴⁰ Vide item III.2 acima.

por usuários.⁴¹ No mesmo sentido, plataformas especializadas em um gênero musical específico não tem o dever de adquirir a os direitos de uso de obras relacionadas a gêneros musicais distintos.⁴² Ainda assim, poderiam surgir dúvidas em casos semelhantes àqueles verificados na análise do conceito de “objetivo principal” como requisito para a definição de prestadores de serviço no âmbito do Projeto de Lei (§ 2).⁴³ É bem possível que em plataformas como o *Tinder* e o *LinkedIn*, a utilização de imagens – sem prejuízo da discussão sobre o objetivo principal da atividade – possa ser considerada típica em razão da frequência com que estas são carregadas pelos usuários. Entretanto, e não obstante o supramencionado trecho da exposição de motivos, é incerto se as imagens cada vez mais frequentemente carregadas para caracterizar um link para a comunicação ao público de obras visuais na tela principal ou nos resultados de busca do *YouTube* fazem parte do conteúdo tipicamente veiculado nesta plataforma.

Finalmente, também à luz do princípio da proporcionalidade, determina-se que os direitos de uso a serem licenciados devem cobrir um repertório significativo de obras e titulares. Desta forma, as plataformas não tem a obrigação de negociar uma licença com cada um dos titulares de lhe façam uma oferta, algo que seria desproporcional em vista dos altos custos de transação.⁴⁴

Entretanto, o Projeto de Lei não deixa claro se o termo “repertório significativo” deve ser avaliado sob o ponto de vista quantitativo ou qualitativo. Sendo quantitativo, o prestador de serviços deverá de negociar a licença somente com entidades que ofereçam uma pluralidade relevante obras cujos direitos sejam atribuídos a uma gama de titulares. Neste conceito se encaixariam não somente as sociedades de gestão coletiva (nacionais ou internacionais), mas também empresas e outras entidades privadas que atuem ativamente na indústria de conteúdos e que possam ter sob o seu domínio ou representação uma grande variedade de obras que envolvem diversos titulares de direitos autorais e conexos, tais como

⁴¹ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 143.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Vide item III.1 acima.

⁴⁴ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 143.

emissoras de rádio e/ou televisão (ex.: ZDF, ARD, Rede Globo), empresas atuantes no ramo jornalístico (ex.: CNN, BBC) etc. Neste caso, porém, os titulares de direito individuais ou entidades que ofereçam um menor repertório não necessariamente poderão negociar com os prestadores de serviço, ainda que o seu (quantitativamente limitado) conteúdo seja extremamente bem-sucedido sob a perspectiva de acessos e cliques nas plataformas digitais e traga grandes benefícios para os respectivos prestadores de serviços, como, por exemplo, no caso dos denominados “virais”.⁴⁵ Para estes titulares restaria somente o caminho da associação a uma sociedade de gestão coletiva ou a solicitação de bloqueio e remoção de conteúdo não-autorizado. Considerando que o número de obras individuais relevantes sob a perspectiva de cliques e acessos é limitado, a interpretação do termo “repertório significativo” sob a perspectiva qualitativa poderia proporcionar um maior equilíbrio de interesses, garantindo ao titular o direito de negociar diretamente suas condições sem gerar um custo de transação exacerbado para o prestador de serviços.

Observa-se, portanto, que a obrigação de obter uma licença não é absoluta, sendo limitada pelo princípio da proporcionalidade. O real dever dos prestadores de serviço, portanto, é o de envidar os melhores esforços para a obtenção contratual dos direitos de comunicação ao público das obras relevantes à luz deste princípio.⁴⁶ Não sendo empregados estes melhores esforços, a responsabilidade jurídica pela comunicação ao público ou conexos não será afastada. Por outro lado, não sendo possível obter a licença *apesar* destes melhores esforços, a responsabilidade pode ainda assim ser afastada, desde que os deveres de bloqueio e remoção de conteúdos mediante solicitação dos titulares sejam cumpridos.⁴⁷

⁴⁵ Complementarmente, com relação às obras não-profissionais, vide HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1225 s..

⁴⁶ Por este motivo, as plataformas digitais criticam a estipulação de um dever de obter a licença. Sob o ponto de vista técnico, o mais correto seria o texto legal se ater somente ao envidamento dos melhores esforços para a obtenção de uma licença. Vide FACEBOOK Ireland Ltd. **Stellungnahme von Facebook Ireland Limited zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, UrhDaG-E)**. Facebook (online). 06/11/2020. P. 2 ss.

⁴⁷ § 1 do Projeto de Lei, com a devida correspondência no Art. 17 (5) (b) da Diretiva DSM.

b *Bloqueio de Conteúdo Não-Autorizado*

De acordo com o § 10 do Projeto de Lei, caso o prestador de serviços não tenha adquirido os direitos de uso, ele tem o dever de bloquear o carregamento de conteúdo não-autorizado, desde que (i) o titular assim solicite, (ii) o titular forneça as informações necessárias sobre o conteúdo para fins deste bloqueio⁴⁸ e (iii) o conteúdo não tenha sido caracterizado como permitido pelo usuário (*uploader*) no âmbito do mecanismo de *pre-flagging*.⁴⁹ Nos termos do § 1, este dever deve ser observado à luz dos mais elevados padrões de diligência profissional no setor. Conforme mencionado acima,⁵⁰ o entendimento mais aceito é que os mais elevados padrões de diligência correspondem, em regra, ao filtro de *upload*, ressalvadas as hipóteses em que a introdução desta ferramenta seja desproporcional para a plataforma, afetando irrazoavelmente seus interesses. *A contrario sensu*, e com a devida observação do assegurado princípio da proporcionalidade, a obrigação não resta descumprida se, apesar da utilização de mecanismos correspondentes aos mais elevados padrões de diligência profissional do setor, um determinado conteúdo não puder ser bloqueado.

O cumprimento deste dever constitui um dos requisitos para o afastamento da responsabilidade do prestador de serviços pela comunicação ao público. Porém, também com base no princípio da proporcionalidade, o parágrafo estabelece expressamente que o bloqueio de conteúdos não é obrigatório para *start-ups*⁵¹ com número de visitantes mensal médio inferior a 5 milhões de euros, de forma que a responsabilidade jurídica neste caso poderia ser afastada mesmo sem a introdução de filtros de *upload* e sem o devido bloqueio de conteúdos não-autorizados.⁵² Além disso, a norma estatui a presunção de não-obrigatoriedade do cumprimento de

⁴⁸ Sobre as informações necessárias a serem providenciadas pelos titulares, vide SCHMID; BARUDI. *Op Cit.*

⁴⁹ Detalhes sobre o mecanismo de *pre-flagging* são apresentados no item III.6 abaixo.

⁵⁰ Vide item III.2 acima.

⁵¹ De acordo com o § 2 do Projeto de Lei, *start-ups* são prestadores de serviço com uma receita anual de até 10 milhões de euros e cujos serviços são prestados na União Europeia há no máximo 3 anos.

⁵² PETERS; SCHMIDT. *Op. Cit.* P. 1010.

dever de bloqueio a pequenos prestadores de serviço, assim considerados aqueles cujo faturamento anual dentro da União Europeia é inferior a 1 milhão de euros. Tal presunção, porém, é relativa, podendo ser revertida caso se comprove que o pequeno prestador de serviço tem condições de implementar o mecanismo de bloqueio exigido neste parágrafo.⁵³

c Remoção de Conteúdo Não-Autorizado

O § 11 do Projeto de Lei prevê que, caso o prestador de serviços não tenha adquirido os direitos de uso, ele tem a obrigação de remover de conteúdo não-autorizado, desde que (i) o titular assim solicite, (ii) o titular forneça as informações necessárias sobre o conteúdo para fins da remoção e (iii) o conteúdo não tenha sido caracterizado como permitido pelo usuário (*uploader*) no âmbito do mecanismo de *pre-flagging*.⁵⁴ Também neste caso, a obrigação deve ser observada à luz do princípio da proporcionalidade e seu cumprimento deve observar os mais elevados padrões de diligência profissional no setor. Estas condições se assemelham àquelas exigidas para no âmbito do dever de bloqueio, embora as limitações expressas aplicáveis a *start-ups* e pequenos prestadores de serviço naquele caso não se apliquem ao dever de remoção.

Reitera-se aqui que o cumprimento deste dever, cumulado com a devida observação do dever de envidamento de melhores esforços para a obtenção da licença e do dever de bloqueio acima mencionados, tem o condão de afastar a responsabilidade do prestador de serviço pela comunicação ao público de conteúdos não-autorizado.

d Remuneração Adequada ao Titular

De acordo com o § 7 do Projeto de Lei, em caso de licenças obtidas contratualmente pelo prestador de serviços para a comunicação ao públi-

⁵³ Para HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1226 s., os requisitos menos rigorosos para *start-ups* e plataformas menores são benéficos, pois impedem a consolidação do poder de mercado das grandes plataformas.

⁵⁴ Vide item III.6 abaixo.

co da obra protegida, uma remuneração adequada será devida ao titular de direitos, ainda que o usuário que carregue a obra na plataforma tenha também adquirido uma licença específica para a comunicação ao público. Assim, para fins de remuneração, o fato de o usuário ter uma licença prévia para qualquer tipo de comunicação ao público (incluindo na plataforma digital específica) não afeta o dever de remuneração pelo prestador de serviços (operador da plataforma).

Disso não resulta, naturalmente, que o *direito à comunicação ao público* se restrinja ao prestador de serviços nestes casos, não se estendendo aos usuários. Pelo contrário: como se verá adiante,⁵⁵ o Projeto de Lei garante um sistema recíproco de extensão legal da autorização da comunicação ao público entre os prestadores de serviço e os usuários, de forma que o § 7 ora abordado incide meramente sobre o direito do titular a uma remuneração adequada.

A legitimidade desta possibilidade de dupla remuneração pode ser atacada sob uma perspectiva jurídico-econômica, principalmente nas hipóteses em que o contrato de licença entre o titular e um terceiro (ex.: usuário ativo) prevê uma remuneração majorada em caso de comunicação ao público em plataformas específicas como forma de compensar o maior acesso ao público.⁵⁶ Entretanto, ela é justificada tanto pela segurança jurídica concedida ao titular no que tange à remuneração da plataforma, uma vez que possíveis entraves judiciais quanto à existência e dimensão de autorizações prévias concedidas a terceiros são eliminados, quanto pelo almejado equilíbrio entre direitos e interesses dos diferentes atores do mercado digital, o qual visa, entre outros, a redução da diferença entre valores auferidos pelos titulares e pelas plataformas pelo uso das obras protegidas (“*value gap*”). Dogmaticamente, a dupla remuneração pode ser justificada pelo fato de o usuário e a plataforma realizarem si-

⁵⁵ Vide item III.5 abaixo.

⁵⁶ STEINBRECHER, Judith. **Stellungnahme zum Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes**. Bitkom (*online*). 06/11/2020. P. 9 ss. critica veementemente a necessidade de dupla remuneração e os impactos negativos gerais que o dever de remuneração estabelecido neste dispositivo do Projeto de Lei causam ao mercado e à estrutura de licenciamento.

multânea e independentemente a comunicação ao público no momento em que uma obra é disponibilizada na plataforma. A independência destes atos justificaria a independência da remuneração.

Além disso, o Projeto de Lei prevê no mesmo parágrafo que uma remuneração adequada é devida pelo prestador de serviços ao titular em casos de conteúdos que sejam abrangidos pelas exceções legais do pastiche ou do uso *de minimis*, os quais constam entre as exceções do direito de exclusividade do titular nos termos dos §§ 5 e 6 do Projeto de Lei.⁵⁷ Esta norma também busca atingir um equilíbrio de interesses entre titulares e prestadores de serviço e diminuir o *value gap* entre eles no que se refere ao uso da obra, garantindo assim que os legítimos interesses do titular não sejam irrazoavelmente prejudicados.⁵⁸

Vale destacar que a versão anterior do Projeto de Lei (*Diskussion-sentwurf*) não incluía o dever de remuneração em caso de pastiches, de forma que estes eram juridicamente equiparados às demais exceções não-relacionadas ao uso *de minimis* (ex.: citações, caricaturas, paródias),⁵⁹ as quais tampouco ensejam tal remuneração. Na exposição de motivos da nova versão do Projeto (*Referentenentwurf*), o BMJV, entendendo que o pastiche compreende a maior parte dos conteúdos criativos gerados pelos usuários tomando com base obras anteriores, que esta prática é socialmente bastante difundida em ambientes *online* e que as plataformas digitais lucram com o seu uso considerou tal dever de remuneração como justo diante da ausência de direitos de exclusividade do titular.⁶⁰

A doutrina já apresenta determinadas vozes críticas com relação ao tratamento diferenciado entre pastiches e outras exceções legais como citações e paródias, uma vez que a indefinição sobre o conceito de pastiche e quanto à concreta diferenciação entre pastiches, paródias,

⁵⁷ Vide item III.4 abaixo.

⁵⁸ A garantia dos legítimos interesses dos titulares contra um prejuízo irrazoável decorrente das exceções e limitações ao seu direito de exclusividade é expressa no Art. 5 (5) da Diretiva InfoSoc.

⁵⁹ Vide detalhes sobre as exceções legais no item III.4 abaixo.

⁶⁰ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 45 e 146 s.

caricaturas e citações no contexto das plataformas digitais poderia prejudicar o bom funcionamento do mecanismo de oposição interna na plataforma para fins de decisão sobre a manutenção ou remoção e bloqueio de conteúdos.⁶¹ Assim, os titulares de direito buscariam ampliar ao máximo o conceito de pastiche de forma a obter uma maior remuneração, enquanto os prestadores de serviço seriam tentados a reduzir o seu escopo de forma a se abster do pagamento da remuneração. Uma vez que os prestadores de serviço são responsáveis pelo mecanismo interno de solução de disputas, este conflito de interesses de interesses e a consequente ausência de neutralidade por parte dos prestadores de serviço poderia comprometer a sua eficácia e legitimidade. Além disso, e dependendo da sua capacidade técnica, as plataformas digitais poderiam tender a bloquear os pastiches por meio dos filtros de *upload* de forma a reduzir o montante a ser pago aos titulares. Desta forma, esta parte da doutrina sugere que o dever de remuneração seja estendido a todas as exceções estabelecidas nos §§ 5 e 6, incluindo também citações, caricaturas e paródias. Esta ampliação do escopo do dever de remuneração traria um maior ônus para as plataformas, as quais de qualquer forma obtém lucro com estes conteúdos, mas não traria qualquer impacto aos usuários. Ao contrário, os titulares tenderiam a anuir com a manutenção do conteúdo nas plataformas para obter a devida remuneração, o que beneficiaria os usuários.⁶²

Contra esta vertente rebate-se que, na longa história da lei de direitos autorais alemã, as exceções de citação e paródia nunca ensejaram o dever de remuneração ao titular e que, apesar disso, nunca prejudicaram irrazoavelmente os seus justos interesses. Seu tratamento assim deve permanecer. De outra forma, corre-se o risco de abrir um precedente legislativo que pode ser expandido para outras áreas ao longo dos anos, ameaçando assim a liberdade de expressão, de informação e de comuni-

⁶¹ Para detalhes sobre os recursos, vide item III.7 abaixo.

⁶² HILTY, Reto M.; KAISER, Ansgar; MOSCON, Valentina; RICHTER, Heiko; STUMPF, Aaron; SUTTERER, Moritz. **Stellungnahme zum Referententwurf vom 2. September 2020**. Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (*online*). 06/11/2020. Para 28 ss.

cação.⁶³ A definição desta questão é certamente um dos grandes desafios para o legislador alemão para a elaboração da nova lei.

Finalmente, há de se ressaltar que o descumprimento do dever de remuneração adequada ao titular, sem prejuízo de possíveis medidas judiciais ou extrajudiciais na esfera civil, não impede o afastamento da responsabilidade das plataformas pela comunicação ao público, a qual pode ocorrer normalmente caso os deveres de envidamento dos melhores esforços para a obtenção de uma licença, bem como de bloqueio e remoção de conteúdos não-autorizados sejam cumpridos.

e Informação sobre Uso e Processos de Bloqueio e Remoção de Conteúdos

Em seu curto § 20, o Projeto de Lei estabelece que o titular de direito pode solicitar ao prestador de serviços informações sobre o uso do repertório de obras por ele licenciado e, em caso de ausência desta licença, informações adequadas sobre o funcionamento dos mecanismos de bloqueio e remoção de conteúdos de sua titularidade. Nestes casos, o titular tem o dever de providenciar as devidas informações. A finalidade deste dispositivo é aumentar a transparência⁶⁴ para que os titulares tenham melhores condições de corretamente avaliar tanto a forma, o volume de uso e, conseqüentemente, o valor de suas obras, quanto os procedimentos de bloqueio e remoção de conteúdos, cuja existência e execução podem variar de acordo com as plataformas em vista da aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, os titulares de direito podem fiscalizar os

⁶³ Positionspaper der Urheberrechtswissenschaft (*online*). **Zitate und Parodien müssen vergütungsfrei bleiben!**. Dezembro/2020. Constata-se que este temor é justificado. Conforme se verifica em EGGERT, Moritz; WEIGAND, Ralf. **Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts vom 13.10.2020**. Deutscher Komponistenverband (*online*). 06/11/2020. P. 2, já existe uma pressão por parte de titulares de direito em prol da expansão do direito de remuneração decorrente destas exceções a outras áreas ainda não abrangidas pelo Projeto de Lei.

⁶⁴ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 155 s.; HOLZNAGEL. *Op. Cit.* P. 5. Vide também itens III.2 e III.3.b e III.3.c acima.

procedimentos adotados pelas plataformas de forma e, quando necessário, agir para proteger seus interesses e garantir a devida aplicação da lei.

Tal como no caso do dever de remuneração adequada ao titular, o cumprimento deste dever de informação também não é pressuposto para o afastamento da responsabilidade das plataformas pela comunicação ao público.

4 Exceções ao Direito de Exclusividade

O Projeto de Lei alemão prevê também exceções ao direito de exclusividade do titular no caso de comunicação ao público dos conteúdos. Enquanto o § 5 determina exceções permitidas no âmbito da Diretiva DSM e previstas em outros instrumentos legais do direito da União Europeia, o § 6 implementa as inovadoras exceções “*de minimis*”. Entre todos os aspectos polêmicos do Projeto de Lei em trâmite no Poder Executivo alemão, neste último reside o seu aspecto mais controverso, como se verificará adiante.

a *Citações, Caricaturas, Paródias, Pastiches e Outros*

Nos termos do § 5 do Projeto de Lei, a comunicação ao público e o compartilhamento de conteúdo realizados pelo *usuário* na plataforma são permitidos para fins de citações, caricaturas, paródias e pastiches, bem como em outros casos já previstos na lei de direitos autorais alemã vigente. A limitação subjetiva do ato de comunicação ao público e compartilhamento ao *usuário* para fins destas exceções pode gerar dúvida sobre a sua aplicação em situações em que o próprio prestador de serviços carrega um determinado conteúdo protegido na plataformas.⁶⁵ Neste caso, teria que se decidir se o prestador, na circunstância descrita, pode ser considerado como um usuário do próprio serviço. O legislador poderia dirimir

⁶⁵ A incoerência desta delimitação é reforçada por WÜRTEMBERGER, Gert; FREISCHMIDT, Stephan. **Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zum RefE des DSM-Umsetzungsgesetzes**. GRUR-Fachausschuss Urheber- und Verlagsrecht (*online*). 06/11/2020. P. 2.

tais incertezas por meio da exclusão desta qualificação subjetiva ou do melhor detalhamento sobre o escopo de aplicação da norma. Independentemente desta questão, é certo que os *efeitos* destas exceções, quando aplicáveis, abrangem tanto os usuários quanto às plataformas, de forma que nenhum deles incorrerá em infração de direitos autorais ou conexos, assegurando-se assim a liberdade de expressão e informação.⁶⁶

A implementação destas exceções não é problemática do ponto de vista sistemático. O Art. 17 (7) da Diretiva DSM permite expressamente a regulamentação de citações, críticas, análises, caricaturas, paródias e pastiches no direito nacional dos Estados-Membro. Da mesma forma, as demais exceções já previstas na lei de direito autoral alemã também são, em regra, compatíveis com o direito europeu, sendo algumas delas previstas, por exemplo, no Art. 5 da Diretiva InfoSoc.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU) já delineou alguns dos conceitos abrangidos por estas exceções. Neste sentido, a citação tem como características essenciais “a utilização, por um utilizador que não é o respectivo autor, de uma obra ou, de forma mais genérica, de um extracto de uma obra, para ilustrar uma afirmação, defender uma opinião ou ainda permitir um confronto intelectual entre essa obra e as afirmações do referido utilizador”⁶⁷, podendo ser utilizadas inclusive para fins de crítica ou análise.⁶⁸ A paródia, por sua vez, tem como características essenciais “por um lado, evocar uma obra existente, embora apresentando diferenças perceptíveis relativamente à mesma, e, por outro, constituir uma manifestação humorística ou burlesca”, não devendo necessariamente ter um carácter original próprio.⁶⁹

Embora o termo “caricatura” já tenha sido associado à paródia política por uma das partes envolvidas em um processo perante o TJEU,⁷⁰ o

⁶⁶ BMJV. *Referentenentwurf*. *Op. Cit.* P. 44 e 144-145.

⁶⁷ TJEU. C-516/17 – *Spiegel Online*. ECLI:EU:C:2019:625. Data de Publicação: 29/07/2019. Para 78.

⁶⁸ *Ibidem*. Para 26 ss.

⁶⁹ TJEU. C-201/13 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*. ECLI:EU:C:2014:2132. Data de Publicação: 03/09/2014. Para 20 e 33.

⁷⁰ *Ibidem*. Para 11.

Poder Judiciário europeu ainda não definiu expressamente este conceito, de forma que a interpretação deve tomar em conta o sentido habitual do vocábulo na linguagem corrente e a finalidade a ser atingida pelo legislador ao regulamentá-lo.⁷¹ Tomando por base a jurisprudência alemã e as considerações doutrinárias, a caricatura pode ser caracterizada como um desenho ou outra representação gráfica que, por meio de sátira ou expressão exagerada de determinadas características, torna risível ou atribui certa ridicularização a uma coisa, pessoa ou acontecimento.⁷²

Relevante, porém desafiador, é o conceito de pastiche. Embora presente entre as exceções e limitações no âmbito do direito autoral europeu desde 2001,⁷³ nenhuma definição específica e vinculante lhe foi atribuída até o momento pelo TJEU. Tampouco o sentido habitual do vocábulo consegue indicar contornos concretos. Enquanto na literatura e na história da arte de origem francesa a partir do século XVII o uso do termo fazia alusão a uma inspiração concreta e até mesmo uma imitação do estilo de outros autores com finalidade satírica ou de homenagem, o termo “*Pasticcio*” foi usualmente utilizado na música e nas artes plásticas italianas também a partir do século XVII para designar a inspiração concreta de um trabalho artístico em diversas obras preexistentes ou mesmo imitação de trechos de obras preexistentes no âmbito de uma nova obra para fins de homenagem ou mera alusão.⁷⁴ Além de definição incerta e pouco precisa, a relevância desta análise do significado histórico do vocábulo é, ao menos em partes, pouco relevante para o direito autoral moderno, uma vez que a mera inspiração e a imitação de estilo não consistem em infração aos direitos dos respectivos titulares.

Neste contexto, os elaboradores do Projeto de Lei alemão atribuem ao pastiche um diálogo ou ao menos uma relação com uma obra preexistente, o qual – diferentemente da paródia ou da caricatura – não deve necessariamente ter um conteúdo humorístico ou satírico, podendo cons-

⁷¹ TJEU. C-201/13 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*. ECLI:EU:C:2014:2132. Data de Publicação: 03/09/2014. Para 19.

⁷² BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 96. Vide também STIEPER, Malte. *Die Umsetzung von Art. 17 VII DSM RL in deutsches Recht (Teil 1)*. GRUR 2020. P. 702.

⁷³ Art. 5º (3) k da Diretiva InfoSoc.

⁷⁴ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 96. Vide também Stieper. *Op. Cit.* P. 702-703.

tituit também uma homenagem ou expressão de respeito à obra original e/ou ao seu respectivo autor.⁷⁵ Assim, o termo abrangeria os conteúdos gerados por usuários (“*user-generated content*”) tipicamente disponibilizados em redes sociais e demais plataformas *online*, quando estes não consistirem em uma paródia ou caricatura. Este aspecto subsidiário do pastiche garantiria o devido equilíbrio de direitos e interesses em caso de utilização de práticas e técnicas culturais atuais de imitação e inspiração em ambientes *online*, tais como memes, *remix*, *GIFs*, *mashups*, *fan arts*, *fan fictions*, *covers* ou *samplings*. A liberdade de expressão e da liberdade artística seriam, assim, devidamente resguardadas.⁷⁶

Resta saber se esta interpretação apresentada na exposição de motivos do Projeto de Lei alemão encontrará respaldo no direito europeu, o qual possui conceitos autônomos em relação às exceções e limitações dos direitos autorais.⁷⁷ Vale notar que o TJEU já estabeleceu certas restrições para a consideração dos *samplings* como uma exceção aos direitos de exclusividade.⁷⁸ Além disso, independentemente de a aplicação do conceito de pastiche ser subsidiária à dos conceitos de paródia e caricatura ou não, a delimitação entre eles permanece incerta e desafiadora, uma vez que a jurisprudência do TJEU ainda não determinou os contornos dogmáticos dos dois últimos em casos relacionados às práticas usuais em ambientes *online*, como memes ou *GIFs*.

Finalmente, destaca-se que o Projeto de Lei caracteriza as exceções previstas no § 5 como “não passíveis de avaliação por mecanismos automatizados”, ressaltando assim que, por consistirem em conceitos meramente normativos, não seriam detectadas pelos filtros de *upload*, o que aumenta o risco de *overblocking*. Embora pertinente sob o ponto de vista tecnológico atual, esta caracterização não tem qualquer efeito legal, uma vez que tanto as exceções e limitações quanto a implementação de me-

⁷⁵ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 97.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Vide TJEU. C-201/13 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds*. *Op. Cit.* Para 14 ss. Dúvida semelhante apresentam STUETZLE; ERNST. *Op. Cit.*; certo ceticismo com relação à extensão desta interpretação apresenta Stieper. *Op. Cit.* P. 702-703.

⁷⁸ Vide TJEU. C-476/17 – *Pelham e outros*. ECLI:EU:C:2019:624. Data de Publicação: 29/07/2019.

canismos que assegurem o equilíbrio de direitos e interesses (ex.: *pre-flagging*⁷⁹) são dela independentes. Ao contrário, esta supérflua designação poderia ser negativa e causar confusão caso a tecnologia evolua a ponto de poder identificar com certa segurança uma citação, uma paródia, uma caricatura ou um pastiche. Por este motivo, ela tem sido criticada⁸⁰ e deverá ser excluída na redação final do Projeto de Lei.

b Exceções de *minimis*

Entre todos os aspectos polêmicos do Projeto de Lei, as exceções de seu § 6, denominadas “*de minimis*” pela doutrina,⁸¹ representam certamente o seu ponto mais controverso sob a perspectiva dogmática.

Este dispositivo determina que, inexistindo finalidade comercial ou objetivo de auferimento de renda significativa, é permitida ao usuário a comunicação ao público de obras ou parte delas:

- (i) de até 20 segundos, em caso de filme ou obra audiovisual,
- (ii) de até 20 segundos, no caso de obras musicais ou sonoras,
- (iii) de até 1000 caracteres, no caso de textos e outras obras escritas, e
- (iv) de até 250 kilobytes, no caso de fotografias, imagens e gráficos.

O Projeto prevê ainda a subsidiariedade desta exceção, a qual é somente aplicável em caso de inexistência de licença do conteúdo para o usuário ou para a plataforma e em caso de não-aplicação das exceções do § 5 (citações, caricaturas, paródias, pastiches e outras já reguladas⁸²). Considerando que os prestadores de serviço têm, em regra, o dever de

⁷⁹ Vide item III.6 abaixo.

⁸⁰ HILTY et al. *Op. Cit.* Para 25.

⁸¹ GEMA. *Stellungnahme der GEMA v. 6.11.2020 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes*. GEMA (online). 06/11/2020. P. 7; HILTY et al. *Op. Cit.* Para 5 ss; Stuetzle/Ernst, *Op. Cit.*; SCHMID; BARUDI. *Op. Cit.*

⁸² Vide item III.4.a acima.

adquirir licenças para o uso das obras comunicadas ao público na plataforma,⁸³ esta relação de subsidiariedade pode ter impacto nos termos do contrato de licença, como, por exemplo, na fixação do valor da licença com base no número geral de acessos à obra protegida, incluindo a utilização mínima de obras abrangidas por esta exceção.⁸⁴ Por outro lado, esta subsidiariedade também implica na desnecessidade de remuneração adequada ao titular em caso de licença preexistente ou em caso de exceções não-remuneradas do § 5, tais como citações, caricaturas e paródias.⁸⁵

Certas ponderações devidamente consideradas em outros pontos da presente análise também se aplicam a este dispositivo legal do Projeto de Lei. Assim, é possível que o aspecto subjetivo do usuário seja considerado para a constatação da finalidade comercial ou do objetivo de auferimento de renda significativa.⁸⁶ Além disso, o fato de a exceção ser aplicável a obras comunicadas ao público pelo usuário pode gerar dúvidas nas hipóteses em que o próprio prestador de serviço carregue o conteúdo na plataforma, embora seja certo que os efeitos destas exceções abrangem tanto os usuários quanto às plataformas.⁸⁷ Finalmente, o fato de os elaboradores desta versão do Projeto de Lei considerarem esta exceção como “passíveis de avaliação por mecanismos automatizados”, uma vez que utiliza-se de parâmetros objetivamente definidos e não-normativos, é criticado por não ter qualquer efeito em sua análise legal e poder gerar confusão com relação ao real escopo da exceção, razão pela qual a exclusão desta classificação é recomendável.⁸⁸

De modo geral, as exceções *de minimis* têm como objetivos a garantia do equilíbrio de interesses e a promoção do uso desejado e socialmente

⁸³ Vide item III.3.a acima.

⁸⁴ Para uma crítica referente à possibilidade de dupla remuneração decorrente do questionável dever de obtenção de licença de uma exceção legal, vide STEINBRECHER. *Op. Cit.* P. 3.

⁸⁵ Sobre o dever de remuneração adequada ao titular em caso de aplicação de exceções e limitações, vide item III.3.d acima.

⁸⁶ Vide detalhes no item III.5 abaixo. Para críticas sobre a indefinição do conceito de finalidade comercial neste contexto, vide STEINBRECHER. *Op. Cit.* P. 9.

⁸⁷ Vide detalhes no item III.4.a acima.

⁸⁸ Vide HILTY et al. *Op. Cit.* Para 39.

aceito das plataformas digitais de compartilhamento. Considera-se que utilizações mínimas das obras ou pequenas parte delas tem grande importância para os usuários, principalmente em vista das liberdades de expressão, informação e artística, enquanto não prejudicam indevidamente os interesses dos titulares. Os elaboradores do Projeto de Lei consideram que este uso mínimo regulado não é capaz de afetar negativamente as receitas decorrentes das obras protegidas no mercado primário, podendo, pelo contrário, impulsionar o seu aumento. Não à toa, há uma prática corrente nos ambientes *online* no sentido de se disponibilizar gratuitamente trechos de obra para fins de divulgação, tais como trailers de filmes, partes de músicas e trechos de livros.⁸⁹ No caso específico de imagens, fotografias e gráficos, considerando que a utilização de meras partes, na prática, torna o atingimento dos fins almejados pelo usuário inviável ou impossível, optou-se por uma limitação de qualidade ao invés de quantidade.⁹⁰

Esta exceção referente a casos de uso mínimo das obras pode oferecer ainda uma vantagem complementar. Considerando que (i) os filtros de *upload* em muitos casos não serão capazes de reconhecer as exceções legais normativas do § 5 (citações, caricaturas, paródias, pastiches e outras),⁹¹ (ii) que boa parte da utilização para fins destas exceções legais normativas é mínima e atende aos limites quantitativos inseridos pelos elaboradores do Projeto no âmbito da exceção *de minimis* e (iii) há dúvidas se os usuários terão conhecimento e segurança suficientes para utilizar devidamente o mecanismo de caracterização do conteúdo como permitido (*pre-flagging*)⁹², a exceção *de minimis* pode assegurar que grande parte dos usos legalmente permitidos não sejam bloqueados pelo filtro de *upload*, evitando assim o *overblocking*.⁹³

⁸⁹ BMJV. **Referententwurf**. *Op. Cit.* P. 145.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ HOLZNAGEL. *Op. Cit.* P. 4; STUETZLE; ERNST. *Op. Cit.*

⁹² Vide item III.6 abaixo.

⁹³ REDA, Julia. **In copyright reform, Germany wants to avoid over-blocking, not rule out upload filters – Part I**. Kluwer Copyright Blog (*online*). 09/07/2020.

Destaca-se que, apesar da perda do direito de exclusividade, os legítimos interesses dos titulares seriam devidamente resguardados pelo dever de remuneração adequada atribuído às plataformas no caso de comunicação ao público das obras no âmbito destas exceções.⁹⁴

A grande questão é se a introdução desta exceções *de minimis* é compatível com o direito europeu. Isso porque elas não encontram respaldo em qualquer norma na União Europeia. Considerando que o catálogo de exceções e limitações ao direito de comunicação ao público regulado no Art. 5º (3) da Diretiva InfoSoc é exaustivo e que as exceções *de minimis* não são ali previstas, estas não poderiam ser implementadas no direito nacional dos Estados-Membros. Neste sentido, o TJEU já determinou que nem mesmo a proteção dos direitos e liberdades garantidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia são capazes de justificar exceções e limitações ao direito de exclusividade alheias àquelas já previstas no Art. 5º (3) da Diretiva InfoSoc, sendo o papel do juiz nacional restrito à interpretação dos conceitos ali regulados à luz dos direitos fundamentais vigentes, sem prejudicar, porém, o efeito útil das disposições legais que garantem direitos autorais e conexos aos respectivos titulares.⁹⁵

Cientes disso, os elaboradores do Projeto de Lei e parte da doutrina sustentam que o Art. 17 da Diretiva DSM introduz uma proteção *sui generis* dos direitos autorais para casos específicos de comunicação ao público por prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdos *online*. Por se tratar de lei especial (*lex specialis*), a sua regulamentação seria independente, de forma que a implementação das normas em nível nacional não estariam sujeitas ao catálogo exaustivo de exceções e limitações previsto na Diretiva InfoSoc.⁹⁶

⁹⁴ Vide item III.3.d acima.

⁹⁵ TJEU. C-469/17 – *Funke Medien NRW*. ECLI:EU:C:2019:623. Data de Publicação: 29/07/2019. Para 64; TJEU. C-516/17 – *Spiegel Online*. *Op. Cit.* Para 59.

⁹⁶ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 44-45. Vide ainda HUSOVEC, Martin; QUINTAIS, João Pedro. **How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms**. SSRN (*online*). 15/09/2020. P. 10 ss.; REDA, Julia. **In copyright reform, Germany wants to avoid over-blocking, not rule out upload filters – Part 2**. Kluwer Copyright Blog (*online*). 10/07/2020. GEMA. *Op. Cit.* P. 6.

Os críticos deste dispositivo do Projeto de Lei argumentam que não há qualquer base legal para a consideração do Art. 17 da Diretiva DSM como um sistema *sui generis* e/ou *lex specialis* e, assim, independente das demais normas de direitos autorais e conexos estabelecidas na União Europeia.⁹⁷ Exemplo disso seria a referência expressa ao Art. 3º da Diretiva InfoSoc – referente aos direitos de exclusividade em caso de comunicação ao público das obras protegidas – presente no Art. 17 (1) e (2) da Diretiva DSM, o qual trata do âmbito de aplicação da autorização dos titulares de direito para a comunicação ao público do conteúdo compartilhado *online* nas plataformas digitais.⁹⁸

A implementação das exceções *de minimis* também são passíveis de questionamento sob o ponto de vista da fundamentação do direito material. A justificativa de que a exceção *de minimis* corresponderia uma prática corriqueira nos ambientes *online* no sentido de se disponibilizar gratuitamente trechos de obra para fins de divulgação (ex.: trailers de filmes, trechos de músicas e livros) é questionável, uma vez que estas usualmente ocorrem sob controle dos respectivos titulares em vista de fins específicos por ele determinados.

Além disso, a assunção de que a aplicação de uma exceção *de minimis* não prejudicaria substancialmente os interesses dos titulares é relativa, podendo variar de acordo com o conteúdo compartilhado. Enquanto a comunicação ao público de um curto trecho de uma longa canção ou um longo filme pode de fato ser pouco relevante em vista da exploração

⁹⁷ LEISTNER, Matthias. **European Copyright Licensing and Infringement Liability under Art. 17 DSM-Directive**. SSRN (*online*). 24/10/2020. P. 13-14 NORDEMANN, Jan Bernd; WAIBLINGER, Julian. **Art. 17 DSMCD a Class of Its Own? How to Implement Art. 17 Into the Existing National Copyright Acts – Also a Comment on the Recent German Discussion Draft**. SSRN (*online*). 12/08/2020. P. 12 ss.; ROSATI, Eleonora. *The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law*. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**. Vol. 15 n° 11. Novembro/2020. P. 875 ss.; Holznel. *Op. Cit.* P. 4; Peters/Schmidt. *Op. Cit.* P. 1012; HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1221.

⁹⁸ NORDEMANN; WAIBLINGER. *Op. Cit.* P. 12 ss.; Rosati. *Op. Cit.* P. 875 ss.; OBERGFELL, Eva Inés; HAUCK, Ronny. **Stellungnahme zur Richtlinie (EU) 2019/790**. Humboldt-Forschungsinstitut – Eigentum und Urheberrecht in der Demokratie. 31/08/2019. P. 6-7.

comercial usual da obra, a exibição de melhores momentos de eventos esportivos ou de imagens e fotografias integrais com um número limitado de kilobytes, por exemplo, poderiam reduzir o interesse geral dos usuários e consumidores comuns pelo acesso comercial às obras nos moldes desejados pelos titulares de direito. De maneira relacionada, argumenta-se ainda que o estabelecimento de um critério meramente quantitativo nas exceções *de minimis* (por exemplo, número específico de segundos ou de caracteres) pode resultar em um tratamento discriminatório entre obras, pois as mais curtas seriam proporcionalmente mais utilizadas e afetadas pela comunicação ao público legalmente autorizada do que as mais longas.⁹⁹ Neste sentido, uma exibição de 20 segundos corresponde a 33,3 % de uma obra musical ou audiovisual com duração de 1 minuto, mas a somente 6,6 % de um conteúdo que com duração integral de 5 minutos. Esta diferença pode também gerar diferentes impactos na exploração comercial de cada uma destas obras.

Finalmente, as exceções *de minimis* poderiam ainda ameaçar os legítimos interesses dos titulares em casos de abuso de direito cometidos pelos usuários, os quais poderiam fragmentar uma obra ou suas partes principais em vários trechos de 20 segundos (em caso de obras musicais, sonoras e audiovisuais) ou de 1000 caracteres (em caso de obras escritas) cada e assim disponibilizá-los nas plataformas, o que, a depender do conteúdo e das circunstâncias, também poderia impactar negativamente na sua exploração comercial usual.

Apesar das críticas, é necessário reconhecer que estas exceções sugeridas no Projeto de Lei, a depender das circunstâncias, podem ser relevantes para a promoção do uso socialmente aceito das plataformas digitais e para salvaguardar o direito dos usuários à comunicação ao público de obras protegidas nas hipóteses de permissão legal, uma vez que o filtro de *upload*, ao menos no estado atual da tecnologia, não conseguirá reconhecer com precisão o âmbito de aplicação das exceções normativas e os usuários sem maiores conhecimentos técnicos e jurídicos podem não utilizar devidamente o mecanismo de *pre-flagging* para caracterizar o conteúdo como permitido e, assim, impedir o seu bloqueio ou remoção.

⁹⁹ HILTY et al. *Op. Cit.* Para 43 ss.

Em razão disso, algumas soluções que visam à compartilhar os interesses envolvidos e evitar eventuais problemas dogmáticos têm sido sugeridas na doutrina. Uma delas, que encontra-se atualmente em maior evidência, reconhece que, ainda as exceções *de minimis* venham porventura a ser consideradas compatíveis com o direito europeu, uma grande insegurança jurídica prevaleceria até uma eventual decisão do TJEU, a qual ocorreria somente em alguns anos.¹⁰⁰ Esta insegurança poderia afetar significativamente o comportamento dos agentes de mercado atuantes nesta área e comprometer os objetivos almejados pelo legislador alemão. A partir disso, sugere-se que o uso mínimo apresentado no § 6 não seja introduzido como exceção ou limitação aos direitos de exclusividade referentes à comunicação ao público, mas que representem uma mera presunção relativa da proporcionalidade exigida pelo Projeto de Lei em seu § 1 referente à responsabilidade dos prestadores de serviços.¹⁰¹ Em caso de abuso de direito ou relevante prejuízo para os titulares, esta presunção poderia ser devidamente afastada. Caberia ao legislador ponderar se, para estes fins, o titular poderia utilizar-se dos mecanismos de oposição e demais recursos previstos nos §§ 13 a 18 do Projeto de Lei¹⁰² ou se haveria um mecanismo específico para fazer valer seus direitos nestes casos. Esta razoável proposta é uma das que está em análise pelo Poder Executivo alemão no momento.

Diante do exposto, verifica-se que as exceções *de minimis* têm sido objeto de grandes controvérsias nas esferas jurídica e política, as quais muito provavelmente culminarão em sensíveis alterações da atual versão do Projeto de Lei (*Referentenentwurf*). Em princípio, esta original ideia relacionada à permissão de um uso mínimo da obra pode de fato contribuir ativamente com a persecução dos fins almejados pela regulação sugerida, restando ao legislador alemão, porém, a tarefa de sopesar devidamente os interesses das partes diante da variedade de situações e formas em que

¹⁰⁰ HILTY et al. *Op. Cit.* Para. 48.

¹⁰¹ HILTY et al. *Op. Cit.* Para. 49 ss. e P. 19-20. Vide também GEMA. *Op. Cit.* P. 7 s. Para detalhes sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Projeto de Lei, vide item III.2 acima.

¹⁰² Para detalhes sobre os recursos, vide item II.7 abaixo.

essa permissão pode ser utilizada e de evitar entraves dogmáticos que possam ameaçar a validade da norma ou ao menos a segurança jurídica nesta área.

5 Extensão das Autorizações

Em conformidade com o Art. 17 (2) da Diretiva DSM, o § 9 do Projeto de Lei estabelece que a autorização da comunicação ao público concedida ao prestador de serviços também se estende ao usuário, desde que este não se utilize disso para fins comerciais ou não vise ao auferimento de renda significativa.¹⁰³

Dois aspectos chamam a atenção na redação deste dispositivo legal.

Primeiramente, não se esclarece se a autorização da comunicação ao público ao prestador de serviços deve neste caso ser contratual (ex.: licença) ou se também as exceções legais se estenderiam aos usuários. Esta incerteza, porém, é meramente aparente. Do termo “autorização” pressupõe-se a existência de um ato jurídico, o qual não ocorre por meio de uma mera exceção legal. Assim, a autorização deve ser concedida pelo titular de direitos. Não à toa, a exposição de motivos do Projeto de Lei se refere expressamente à autorização decorrente licença obtida pelo prestador de serviços.¹⁰⁴ Ressalta-se ainda que a extensão das exceções legais aos usuários neste dispositivo seria supérflua, uma vez que as exceções reguladas nos §§ 5 e 6 são gerais e isentam tanto o usuário quanto o prestador de serviços pela comunicação ao público.¹⁰⁵

Em segundo lugar, destaca-se que a extensão da autorização não se estende a hipóteses em que a comunicação ao público ocorre para fins comerciais ou não vise ao auferimento de renda significativa. A utilização da conjunção “ou” ao invés de “e” indica alternatividade, não sendo necessário

¹⁰³ Sobre a necessidade de mecanismos de extensão das autorizações, vide KLIMPEL, Paul; KREUTZER, Till. **Stellungnahme zur Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019**. Creative Commons Germany. 06/09/2019. P. 5-6.

¹⁰⁴ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 149.

¹⁰⁵ Para detalhes sobre as exceções legais sugeridas no Projeto de Lei, vide item III.4 acima.

que ambas as condições sejam preenchidas para que se evite a extensão. Assim, a comunicação ao público da obra com finalidade comercial impede a extensão da autorização ainda que não vise ao auferimento de renda significativa (direta ou indireta) e vice-versa. A redação atual do parágrafo (“finalidade comercial” e “visar ao auferimento de renda significativa”) pode indicar que o aspecto subjetivo do usuário tenha um papel relevante na definição sobre a extensão da autorização. Enquanto este aspecto subjetivo pode ser mais facilmente confirmado, por exemplo, no caso de famosos *YouTubers*, que carregam conteúdo periodicamente e recebem remuneração por tal, sua constatação em caso de usuários ativos que fazem *uploads* esporádicos e *YouTubers* de menor expressão pode ser mais desafiadora.

Além disso, o § 9 prevê ainda, de forma inversa, que autorização concedida ao usuário para a comunicação ao público de uma obra se estende também ao prestador de serviços, o qual, portanto, não será responsabilizado pela comunicação ao público caso esta obra seja carregada em sua plataforma. Curiosamente, esta forma de extensão da autorização não é prevista na redação do Art. 17 da Diretiva DSM, mas consta expressamente no Considerando no. 69 desta Diretiva. Apesar de os Considerandos não serem vinculantes, eles contribuem para a devida interpretação da Diretiva. Em vista desta referência clara e indubitável à possibilidade desta extensão da autorização de maneira inversa, é improvável que esta disposição legal do Projeto de Lei seja tida como incompatível com o direito europeu. De forma geral, ela atribui uma maior segurança jurídica para usuários autorizados que queiram fazer o carregamento do conteúdo autorizado na plataforma e, em regra, impede seu bloqueio, evitando assim o indesejado *overblocking*. A devida consideração dos interesses dos titulares ocorre com o dever de remuneração adequada pela plataforma até mesmo em casos em que o usuário já obteve uma autorização própria e eventualmente onerosa.¹⁰⁶

Também neste caso, a autorização deve ocorrer contratualmente. A restrição da extensão da autorização em virtude da finalidade comercial e do auferimento de renda significativa não se aplica, uma vez que, por de-

¹⁰⁶ O dever de remuneração adequada ao titular nestes casos está previsto no § 7 do Projeto de Lei

finição, os prestadores de serviço para fins do Projeto de Lei e da Diretiva DSM utilizam os conteúdos com finalidade comercial.¹⁰⁷ Entretanto, a exposição de motivos do Projeto de Lei indica que as restrições de utilização constantes no contrato de licença entre o titular e o usuário se estendem às plataformas. Assim, se a licença concedida ao usuário não compreender usos com finalidade comercial, esta não será estendida à plataforma (a qual, repita-se, age com fins comerciais por definição).¹⁰⁸

Este ponto na exposição de motivos é questionável. Do ponto de vista formal, frisa-se que tal restrição à extensão da autorização não está expressamente regulada no Projeto de Lei. Da leitura do § 9 não se depreende claramente que este tipo de restrição é aplicável. Considerando que a exposição de motivos não é vinculante, possuindo somente uma função de orientação à possível aplicação do direito no caso concreto, seria recomendável que esta restrição, caso de fato implementada, fosse devidamente incorporada ao texto legal.

Do ponto de vista material, questiona-se se uma restrição como esta é compatível com o equilíbrio de interesses e respectivos mecanismos implementados no âmbito do Projeto de Lei, principalmente em vista do fato de que a plataforma, não tendo a devida autorização para a comunicação ao público do conteúdo, tem o dever de bloqueá-lo e/ou removê-lo. Assim, em primeiro lugar, não parece justificável que um conteúdo cuja comunicação ao público tenha sido devidamente autorizada pelo titular seja bloqueado ou removido ainda que a sua utilização pelo usuário não possua qualquer finalidade comercial e, portanto, esteja plenamente de acordo com as disposições contratuais. Tal medida contribuiria para o *overblocking* tão indesejado pelos legisladores e autoridades alemãs.

Em segundo lugar, esta restrição apresenta inconsistências com o mecanismos de caracterização de conteúdo como permitido (*pre-flagging*).¹⁰⁹ Uma vez autorizado contratualmente, o usuário poderia carac-

¹⁰⁷ Vide item III.1 acima.

¹⁰⁸ BMJV. **Referentenentwurf**. *Op. Cit.* P. 149.

¹⁰⁹ Vide detalhes no item III.6 abaixo.

terizar o conteúdo como permitido caso a comunicação ao público na plataforma não possua finalidade comercial. Neste caso, a plataforma não poderia bloquear e tampouco remover o conteúdo (§§ 8, 10 e 11). Entretanto, não se estendendo a autorização à plataforma, ela será responsabilizada pela comunicação ao público. Assim, a plataforma estará violando o direito do respectivo titular sem entretanto poder cessar esta infração por meio de bloqueio ou remoção, uma vez que o usuário tem o direito assegurado mediante a devida utilização do mecanismo de *pre-flagging*. Esta situação contraditória poderia levar à conclusão de que a plataforma teria somente o dever de indenizar o titular, uma vez que o direito de exclusividade não poderia ser devidamente executado pelo titular em face da plataforma.

Em terceiro lugar, e de maneira relacionada, vale ressaltar que o Projeto de Lei já atribui o dever de remuneração adequada ao titular pela plataforma no caso de comunicação ao público de conteúdo protegido mesmo nas hipóteses em que o usuário já tenha uma autorização para o compartilhamento do conteúdo (§ 7)¹¹⁰, de forma que os interesses do respectivo titular de direitos já se encontram devidamente assegurados. O dever de remuneração adequada, neste caso, é sistematicamente mais plausível do que o cenário acima previsto, em que a plataforma viola direitos autorais e conexos, porém não pode bloqueá-los e/ou removê-los em decorrência dos direitos dos usuários e tem, assim, que indenizar os titulares pelas perdas e danos ocorridas.

Em vista do sistema e dos mecanismos implementados no próprio Projeto de Lei, cabe aos elaboradores refletir sobre a verdadeira necessidade de se mencionar a restrição da extensão da autorização em análise na exposição de motivos.

Em suma, pode-se afirmar que, com exceção da mencionada restrição na exposição de motivos, a extensão recíproca da autorização para a comunicação ao público entre usuários e prestadores de serviço é benéfica em vista da segurança jurídica, do combate ao *overblocking* e do equilíbrio geral de interesses almejado pelos Poderes Executivo e Legislativo.

¹¹⁰ Vide item III.3.d acima.

6 Caracterização de Conteúdo como Permitido (Pre-Flagging)

Um dos instrumentos mais originais do Projeto de Lei em trâmite no Poder Executivo alemão até o momento é o denominado *pre-flagging*, que consiste na caracterização de conteúdo como permitido pelo *uploader*.¹¹¹

De acordo com o § 8, em caso de carregamento pelo usuário de obra cujo bloqueio foi solicitado pelo titular de direito, o prestador de serviço deve:

- (i) informar o usuário sobre a solicitação de bloqueio,
- (ii) informar o usuário sobre a necessidade de obtenção do direito de uso perante o titular ou de permissão legal de uso de acordo com as exceções legais já mencionadas e
- (iii) dar ao usuário a possibilidade de caracterizar o uso como legal ou contratualmente permitido.

Caso o conteúdo seja caracterizado como permitido pelo usuário, o prestador de serviços deverá permitir o acesso a este conteúdo em sua plataforma e não poderá bloqueá-lo ou removê-lo, exceto se tal caracterização for evidentemente falsa. De maneira complementar, o § 16 do Projeto de Lei garante que a plataforma não será responsabilizada pela comunicação ao público em caso de caracterização do conteúdo como permitido, salvo se tal caracterização for evidentemente falsa.¹¹² Por fim, sendo o conteúdo carregado na plataforma e estando assim disponível para a comunicação ao público, o titular de direitos deve ser informado imediatamente.

A finalidade precípua deste instrumento é a proteção dos direitos dos usuários ativos e passivos contra o bloqueio de conteúdo pelos filtros de *upload* em casos de exceções legais de difícil reconhecimento por um mecanismo automatizado (ex.: paródia e pastiche) ou de existência de acordos contratuais firmados entre o usuário ativo que carrega o vi-

¹¹¹ Embora original sob uma perspectiva política, o mecanismo de *pre-flagging* já era debatido na doutrina antes da publicação do Projeto de Lei, como se verifica em HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1227 s.

¹¹² Para detalhes e discussão sobre o § 16, vide item III.7 abaixo.

deo (*uploader*) e o titular de direitos que não sejam de conhecimento do prestador de serviços. Assim, busca-se evitar o *overblocking* e salvaguardar devidamente a liberdade de expressão e o direito à informação nas hipóteses em que o carregamento e comunicação ao público do conteúdo seja juridicamente permitida.

Apesar disso, este parágrafo é bastante controverso e foi objeto de significativas discussões e alterações desde sua primeira versão (*Diskussionsentwurf*).

Em primeiro lugar, há de se destacar que, na primeira versão, os deveres enumerados se aplicavam ao prestador de serviço em toda e qualquer hipótese de carregamento de conteúdo, não somente em caso de carregamento de obra “cujo bloqueio foi solicitado pelo titular de direito”. Ainda que, à primeira vista, este complemento possa parecer pertinente, uma vez que a caracterização é supérflua caso não exista o risco de bloqueio da obra, ele deixa incertezas nos casos em que a solicitação de bloqueio e de remoção de conteúdo seja feita pelo titular em um momento superveniente ao carregamento pelo usuário. Para estas hipóteses, o Projeto não indica expressamente o dever da plataforma de possibilitar ao usuário a caracterização de conteúdo em momento posterior ao carregamento do conteúdo. Caso isso não seja feito, é possível que conteúdos legal ou contratualmente permitidos sejam removidos ou bloqueados. Cabe ao legislador alemão trazer maior clareza neste ponto, seja atribuindo os deveres da plataforma a todo e qualquer caso de carregamento de conteúdo, seja incluindo o dever de possibilitar a sua caracterização quando a solicitação de bloqueio e conteúdo for superveniente.

Em segundo lugar, destaca-se que o primeiro dever atribuído ao prestador de serviço, ou seja, o de informar o usuário sobre a solicitação de bloqueio, foi incluído somente na nova versão do Projeto. A princípio, esta inclusão tem seu fundamento no fato de que, na versão anterior, conforme discutido acima, as informações e possibilidades deveriam ser concedidas pelo prestador de serviços em todos os casos, e não somente naqueles em que houvesse uma solicitação de bloqueio pelo titular, de forma que esta determinação careceria de sentido.

Além disso, verifica-se que o segundo dever estatuído na norma, o de informar o usuário sobre a necessidade de obtenção do direito contratual de uso perante o titular ou de permissão legal de uso de acordo com as exceções legais já mencionadas, já constava de maneira semelhante na primeira versão do Projeto, porém em ordem inversa: o prestador de serviços deveria informar o usuário sobre as permissões legais estabelecidas na lei e sobre a necessidade de direitos contratuais de uso, caso estas não fossem aplicáveis.

Observadas isoladamente, estas adaptações na nova versão parecem adequadas e não representam um risco ao equilíbrio almejado pelos elaboradores do Projeto. Entretanto, tratadas em conjunto, podem reforçar um temor que os defensores dos direitos dos usuários já tinham com relação a esse mecanismo, a saber, que ele não seja devidamente utilizado pelos usuários interessados. De fato, o grau de complexidade jurídica da comunicação ao público de conteúdos em plataformas de compartilhamento *online* é capaz de causar insegurança tal ao usuário leigo menos informado que ele opte por não carregar o conteúdo desejado, ainda que pudesse fazê-lo de maneira lícita.¹¹³ O usuário que, ao fazer o *upload* de um arquivo, se depara com uma mensagem que informe primeiramente sobre a existência de uma solicitação de bloqueio e, em seguida, sobre a obrigação de obtenção de direito contratual de uso do conteúdo, pode ter a impressão de que está violando direitos autorais, ainda que o compartilhamento e a comunicação ao público do conteúdo sejam, por exemplo, objetos de uma exceção legal.

É bem verdade que o § 8 não determina expressamente que as informações devam ser fornecidas exatamente na sequência apresentada na lei, mas é possível que possa influenciar os termos elaborados pelos prestadores de serviço. Além disso, o próprio fato de estas informações constarem na mensagem podem, independentemente da ordem, afetar a devida utilização do *pre-flagging* pelos usuários. Entretanto, há de se ponderar também os direitos e interesses dos titulares envolvidos, de forma que uma formulação não pode ser sucinta a tal ponto que o usuário seja

¹¹³ Reda. *Part 1. Op. Cit.*

incentivado a fazer ou ao menos colocado em uma posição de indiferença ao fazer um *upload* indevido de um conteúdo não-autorizado e não coberto pelas exceções legais. Estes aspectos devem ser devidamente considerados pelo legislador ao adotar a redação final deste parágrafo.

Em terceiro lugar, o conceito de caracterização “evidentemente falsa” de um conteúdo é bastante aberto e de difícil delimitação. Cientes disso, os elaboradores do Projeto de Lei incluíram em seu § 12 a presunção de que a caracterização como permitida de um conteúdo que coincide em ao menos 90% com as informações sobre a obra disponibilizadas pelo titular é evidentemente falsa quando ancorada na aplicação de exceções legais. Neste caso, a remoção e o bloqueio do conteúdo devem ser realizados e o usuário devidamente informado sobre tais procedimentos. O referido parágrafo determina expressamente que esta presunção não se aplica a imagens e fotografias. Sob o ponto de vista sistemático, esta ressalva é pertinente, uma vez que a exceção de uso mínimo no caso de fotografias, imagens e gráficos toma como base a sua qualidade (max. 250 kilobytes), e não o percentual do conteúdo utilizado. A comunicação ao público de apenas 90% de uma imagem ou fotografia pode ser insuficiente para o seu efetivo uso em vista da finalidade a ser atingida.

Esta disposição legal não revela se esta presunção é absoluta ou relativa, podendo neste último caso ser revertida por meio de recursos internos da plataforma, arbitragem ou ações judiciais.¹¹⁴ O fato de a definição ter um caráter exemplificativo e apresentar uma base quantitativa fixa e alta o suficiente para ser considerada justa para o usuário (90%) pode indicar que se trata de uma presunção absoluta, sem prejuízo do fato de que uma coincidência de conteúdos em percentual inferior também possa ser considerada evidentemente falsa a depender do caso concreto. Também neste caso, a real delimitação deste conceito dependeria da prática das plataformas e, em último caso, da interpretação do Judiciário em casos específicos.

Em suma, o mecanismo do *pre-flagging* é inovador e relevante, mas encontra resistência tanto por parte dos titulares de direito, que nele vêem uma possibilidade de utilização indevida dos conteúdos, quanto

¹¹⁴ Para detalhes sobre os recursos, vide item III.7 abaixo.

para os defensores dos direitos dos usuários, que vêem óbices para a sua devida utilização pelos usuários não-familiarizados com este complexo sistema de responsabilização. Por parte das plataformas digitais, também há dúvidas sobre a viabilidade de notificações, decisões e demais procedimentos na celeridade exigida pelo Projeto de Lei.¹¹⁵ O desafio para o legislador nesta área é enorme e é provável que este parágrafo ainda sofra grandes modificações até a sua aprovação final. De qualquer forma, a utilização de instrumentos complementares podem efetivamente contribuir com a garantia do almejado equilíbrio de interesses independentemente das sutilezas na regulação do *pre-flagging*. A garantia de um procedimento de oposição célere no âmbito interno da plataforma, com a finalização em até uma semana¹¹⁶, pode efetivamente atender aos interesses dos titulares em caso de caracterização errônea do conteúdo como permitido, enquanto a difusão das informações sobre o correto campo de aplicação do de *pre-flagging* para os usuários e a introdução das exceções (ou ao menos a presunção) de uso mínimo para evitar o filtro de *upload*¹¹⁷ podem ser suficientes evitar o indesejado *overblocking*, salvaguardando assim os direitos dos usuários também na prática.

7 Recursos

Ancorados no Art. 17 (9) da Diretiva DSM, os §§ 13 a 18 do Projeto de Lei determinam os mecanismos específicos de reclamação e recursos em caso de litígios decorrentes da aplicação dos dispositivos legais ali regulados. Sem prejuízo do direito de acesso à justiça (§ 13 IV), usuários e titulares de direitos autorais, se assim desejarem, podem utilizar-se do mecanismo de oposição interna no âmbito da plataforma ou recorrer a procedimentos arbitrais para a resolução de conflitos.

De acordo com o § 14, os prestadores de serviço devem oferecer aos usuários e titulares de direito um efetivo, gratuito e célere mecanis-

¹¹⁵ STEINBRECHER. *Op. Cit.* P. 12 s; Facebook Ireland Ltd. *Op. Cit.* P. 2 ss.

¹¹⁶ Vide item III.7 abaixo.

¹¹⁷ Sobre as exceções *de minimis*, vide item III.4 acima.

mo de oposição interna em casos de bloqueio, remoção ou comunicação ao público de conteúdos. A participação dos usuários e/ou titulares no procedimento é meramente facultativa. Se o mecanismo for utilizado, as oposições devem ser devidamente fundamentadas. As decisões do órgão interno responsável deverão ser tomadas por uma pessoa natural e neutra, excluindo-se assim a possibilidade de tomadas de decisões por mecanismos automatizados ou por pessoas que estejam de alguma forma vinculadas às partes envolvidas. Os prestadores de serviço devem assegurar que todas as partes envolvidas na contenda sejam imediatamente notificadas e tenham a possibilidade de se manifestar no processo. A decisão do órgão interno responsável deve ser tomada em até uma semana após a apresentação da oposição.

Caso seja de seu interesse, os prestadores de serviço poderão delegar o procedimento de oposição acima descrito um órgão externo, ou seja, não vinculado à plataforma, desde que este órgão seja devidamente reconhecido pelo Serviço Federal de Justiça (*Bundesamt für Justiz*) em acordo com o Escritório Alemão de Marcas e Patentes (*Deutsches Patent- und Markenamt*) e desde que sejam cumpridos os requisitos legais específicos aplicados a entidades de auto-regulação (§ 15). Neste caso, as disposições referentes ao procedimento de oposição aplicáveis ao órgão interno da plataforma (§ 14 – acima descrito) se estendem ao órgão externo ao qual o procedimento foi delegado.

Curiosamente, o § 16 do Projeto de Lei, inserido na seção de recursos, trata de uma definição de direito material cujos contornos é incidentalmente afetado pelo resultado do procedimento de oposição. Caso o usuário caracterize o conteúdo como permitido e essa caracterização não seja evidentemente falsa (*pre-flagging*), a plataforma não será responsabilizada pela comunicação ao público do conteúdo. No entanto, a ausência de responsabilização, sob a perspectiva temporal, cessa se o procedimento de oposição resultar favorável ao titular do direito ou se o prazo de uma semana para a decisão do órgão responsável não for cumprido. Assim, a partir da ocorrência de uma destas hipóteses (finalização do procedimento ou decurso do prazo), a plataforma volta a ser responsável pela comunicação ao público não-autorizada do conteúdo. Diferentemente da primeira versão do Projeto de Lei (*Diskussionsentwurf*), a versão atual

(*Referentenentwurf*) garante ao titular ainda o direito a uma remuneração adequada pelo período total de comunicação ao público da obra protegida caso a caracterização do conteúdo como permitido seja posteriormente reconhecida como incorreta.

O Projeto de Lei não esclarece se da responsabilização da plataforma após o decurso do prazo de uma semana sem a decisão no procedimento de oposição decorre o dever de remoção e bloqueio do conteúdo ou somente um dever de compensação patrimonial pela comunicação ao público do conteúdo. Por um lado, conforme já observado, a leitura dos §§ 8 e 12 do Projeto de Lei indica que o conteúdo marcado como permitido pelo usuário deve ser comunicado ao público pela plataforma e, salvo nos casos em que a caracterização seja evidentemente falsa, não pode ser removido e tampouco bloqueado. Embora a remoção e o bloqueio sejam possíveis em caso de procedência da oposição movida pelo titular de direito, não há qualquer indicação sobre esta possibilidade em caso de ausência de decisão da oposição por parte do prestador de serviços. Por outro lado, ao atribuir a responsabilidade ao prestador de serviços pela comunicação ao público em caso de não-cumprimento do prazo, o Projeto de Lei também não faz qualquer referência à possibilidade de restrição dos direitos de exclusividade do titular e de consideração meramente da pretensão indenizatória.

De forma geral, a restrição da pretensão do titular a um dever de compensação neste caso específico parece ser mais cabível. Caso contrário, uma vez responsável pela comunicação ao público, a plataforma tenderia a remover o conteúdo e bloquear novas tentativas de carregamento do mesmo conteúdo pelo usuário, de forma que o ônus pelo não-cumprimento do prazo pela plataforma recairia sobre o usuário. A preferência da atribuição de risco ao usuário ao invés do titular por uma falha da plataforma não parece refletir o equilíbrio almejado pela sistemática do Projeto de Lei. Como informado, o mecanismo de *pre-flagging* foi pensado principalmente para proteger os interesses dos usuários contra a ação dos filtros de *upload* em casos de exceções legais de difícil reconhecimento por um mecanismo automatizado (ex.: paródia e pastiche) ou de existência de acordos contratuais diretamente firmados entre o usuário e o titular de

direitos. Esta proteção já encontra seus devidos limites nos casos em que a caracterização do conteúdo como permitido seja evidentemente falsa e nos casos de abuso de direito.¹¹⁸ Considerando o reduzido ímpeto da maior parte dos usuários ativos para o ajuizamento de uma ação judicial e o reduzido poder de barganha dos usuários perante as plataformas na maior parte dos casos, a limitação de seus direitos também na hipótese de indevida demora dos prestadores em finalizar o procedimento de oposição poderia minar significativamente a função desta ferramenta, cujo objetivo é justamente protegê-los.

Além disso, há de se considerar que um usuário ativo assíduo, como um *YouTuber*, que faz uso permitido do conteúdo, poderia sofrer significantes perdas financeiras e de reputação no caso de remoção e bloqueio de conteúdo decorrentes da falha da plataforma, ainda que o recarregamento do conteúdo fosse permitido após alguns dias ou semanas em virtude da improcedência da oposição. O prejuízo para ele, portanto, seria potencialmente maior do que aquele causado ao titular que tivesse o seu conteúdo indevidamente comunicado ao público e só pudesse contar com a remoção e bloqueio do conteúdo após uma decisão favorável tardia no procedimento de oposição, principalmente se o titular tivesse um direito de indenização ou devida compensação neste caso. Há de se ressaltar ainda que, conforme informado acima, o titular tem direito à devida remuneração pelo período total de comunicação ao público caso a caracterização do conteúdo como permitido seja posteriormente considerada incorreta. Seria coerente, portanto, se este direito de remuneração pudesse se estender ao período entre o decurso do prazo legal e a decisão tardia da oposição, o qual tendencialmente não seria tão longo.

Assim, a oneração do titular de direito, decorrente do fato de o conteúdo caracterizado como permitido permanecer sendo comunicado ao público, associada com um dever objetivo de indenização da plataforma ao titular em caso de não-cumprimento do prazo legal, seria mais adequada em vista da função do *pre-flagging*, vinculada à garantia do direito à informação e da liberdade de expressão.

¹¹⁸ Vide item III.8 abaixo.

Para além da possibilidade de recurso no âmbito interno da plataforma, o Projeto de Lei prevê ainda a possibilidade de arbitragem como mecanismo de solução de conflitos relacionados à remoção, bloqueio e comunicação ao público de conteúdos bem como ao dever de informação da plataforma ao titular de direitos sobre o uso de seu repertório licenciado.¹¹⁹ Enquanto o § 17 indica a possibilidade de arbitragem a ser realizada por um tribunal arbitral devidamente reconhecido pelo Serviço Federal de Justiça em acordo com o Escritório Alemão de Marcas e Patentes, o § 18 trata da possibilidade de a arbitragem ser feita por um órgão da administração pública devidamente constituído para tal pelas mesmas entidades mencionadas, o qual somente seria competente caso não houvesse nenhum tribunal arbitral privado devidamente reconhecido à disposição.

O § 13 do Projeto de Lei garante que, no procedimento de oposição interno da plataforma – ou externo, em caso de delegação –, a participação de usuários e titulares de direito é facultativa, sendo obrigatória somente para os prestadores de serviço, enquanto a participação no procedimento arbitral é facultativa para todos os envolvidos, sejam eles usuários, titulares ou plataformas. Considerando que, de acordo com a versão atual, todas as normas do Projeto de Lei seriam cogentes (§ 23),¹²⁰ é possível dizer que este caráter facultativo não poderia ser contornado por obrigações contratuais como, por exemplo, pelos termos de uso e condições das plataformas. Este ponto é especialmente importante, pois usuários e titulares com menor poder aquisitivo poderiam ser impelidos a prescindir de suas pretensões legítimas em virtude dos altos custos do procedimento arbitral, o qual, diferentemente do procedimento de oposição, não é gratuito. De fato, os benefícios da arbitragem, em regra, podem ser melhor aproveitados em caso de litígios envolvendo plataformas e grandes titulares de direito ou seus representantes, como as entidades de gestão coletiva, os quais dispõem potencialmente mais recursos para tal procedimento.

¹¹⁹ Sobre o dever de informação das plataformas, vide item III.3.e acima.

¹²⁰ Vide item III.9 abaixo.

8 Abuso de Direitos

O Projeto de Lei alemão prevê ainda em seu § 19 consequências em casos de abuso de direitos pelas partes envolvidas.¹²¹ Este dispositivo não encontra correspondente na Diretiva DSM.¹²²

Um suposto titular de direito que realize repetidos pedidos de bloqueio ou remoção de conteúdos de terceiro ou em domínio público (ou seja, cuja titularidade não seja de fato do requerente) deve ter as suas solicitações interrompidas pela plataforma por um período razoável.

Caso a solicitação indevida de bloqueio ou remoção de conteúdo seja intencional ou feita sem o devido dever de diligência, caberá indenização ao prestador de serviços e aos usuários afetados. Há de se esclarecer que, neste caso, diferentemente das hipóteses de aplicação da penalidade de interrupção das solicitações por um período razoável, o dever de indenização surge em qualquer caso de solicitação indevida, ainda que única, não sendo necessários *repetidos* pedidos indevidos de bloqueio ou remoção.

A título de curiosidade, destaca-se que os requisitos subjetivos para o dever de indenização (intenção ou negligência) não constavam na versão inicial do Projeto de Lei (*Diskussionsentwurf*) de junho de 2020, tendo sido incluídas somente na *Referentenentwurf* publicada oficialmente em outubro. Em que medida uma solicitação indevida de bloqueio ou remoção ocorre sem intenção ou negligência por parte do suposto titular é todavia discutível. Uma hipótese que se poderia cogitar é a alegação de incerteza sobre o objeto de uma exceção legal a direitos de exclusividade, tal como o pastiche. Se esta dúvida basta para a exclusão do dever de indenização apesar de possíveis danos causados à plataforma e aos usuários, o Judiciário teria que decidir no caso concreto.

O § 19 não regula somente casos de abuso de direito cometidos por supostos titulares. Caso um usuário, utilizando-se do mecanismo de *pre-*

¹²¹ Sobre a necessidade de mecanismos de combate ao abuso de direitos, vide KLIMPEL; KREUTZER. *Op Cit.* P. 4-5.

¹²² Embora original para fins de implementação, as hipóteses e consequências jurídicas do abuso de direito já eram discutidas na doutrina antes da publicação do Projeto de Lei, como se verifica em HOFMANN. *Op. Cit.* P. 1228.

-flagging, caracterize incorretamente os conteúdos como permitidos por repetidas vezes, a plataforma deverá impedi-lo de utilizar esta ferramenta de caracterização de uso permitido por um período razoável.

Além disso, caso o prestador de serviços realize repetidos bloqueios ou remoções de conteúdos permitidos, uma entidade devidamente qualificada para a representação de interesses coletivos pode ajuizar uma ação inibitória de natureza coletiva para evitar futuros bloqueios e remoções de conteúdo.

Uma situação curiosa ocorreria se a plataforma, em virtude de ordem judicial decorrente desta última hipótese de abuso, deixasse de bloquear ou remover um conteúdo não-permitido (ou seja, de titularidade do requerente, não-autorizado e não-abrangido por qualquer exceção legal) após solicitação do titular. Neste caso, o titular poderia alegar que a plataforma realizou indevidamente a comunicação ao público do conteúdo, ao que a plataforma se defenderia alegando que não poderia agir em desacordo com a ordem judicial, a qual porém somente foi tomada em virtude de conduta indevida do próprio prestador de serviços (repetidos bloqueios ou remoção de conteúdos permitidos). Resta saber como os tribunais se posicionariam nestes casos.

Por fim, observa-se que os termos “repetidos pedidos de bloqueio e remoção”, “repetidos bloqueios ou remoções” e “período razoável” são abertos e também serão mais concretamente definidos de acordo com as práticas das plataformas e eventuais decisões judiciais a respeito.

9 Indisponibilidade dos Direitos

O § 23 do Projeto de Lei garante que as supramencionadas normas são cogentes e não podem ser modificadas por vias contratuais. A restrição da autonomia das partes neste caso é justificada pelo sensível equilíbrio entre os interesses dos autores, das plataformas e dos usuários almejado pelo legislador alemão.

Esta norma garante aos usuários, por exemplo, que os mecanismos de *pre-flagging* (§ 8) e as exceções ao direito de exclusividade (§§ 5

e 6) não serão restringidos pelos termos de uso das plataformas. Ainda que as plataformas, a princípio, não um tenham um interesse justificável em restrições deste tipo, estas poderiam, por exemplo, ser aplicadas em virtude do contrato de licença de uso firmado com titulares de direitos que tenham um maior poder de barganha (ex.: sociedades de gestão coletiva), os quais poderiam impor às plataformas condições que culminassem com a redução do direito dos usuários. Além disso, esta indisponibilidade pode proteger também os titulares de direitos autorais e conexos, uma vez que o direito à remuneração adequada no caso de aplicação de determinadas exceções legais, por exemplo, não poderá ser excluído contratualmente.¹²³

IV CONCLUSÃO

O Projeto de Lei em trâmite no Poder Executivo da Alemanha para a implementação do Art. 17 da Diretiva DSM merece devido reconhecimento por de fato buscar o devido equilíbrio entre direitos e deveres entre usuários, titulares de direitos e prestadores de serviços de compartilhamento de conteúdo *online*. Para além da teoria e de ferramentas jurídicas já previstas no direito alemão e europeu, ele prevê mecanismos originais e inovadores para resguardar este balanço.

Do ponto de vista técnico, determinados conceitos abertos poderão causar dúvidas e insegurança jurídica até a sua delimitação pela prática contratual e, principalmente, pela jurisprudência. Embora a utilização deste tipo de conceitos seja comum e até mesmo inevitável no âmbito normativo abstrato, o legislador ainda tem a chance de verificar em que medida um maior detalhamento das novas regras poderia ser útil ao mercado e às diferentes partes interessadas.

Originais e especialmente controversos são o dever de remuneração nos casos de aplicação das exceções legais, o mecanismo de caracterização de conteúdo como permitido pelo usuário (*pre-flagging*) e as exceções de

¹²³ Representantes das plataformas digitais, porém, pleiteam a exclusão para que se garanta devidamente a liberdade contratual. Para tal, vide Steinbrecher. *Op. Cit.* P. 3; Facebook Ireland Ltd. *Op. Cit.* P. 2 ss.

minimis ao direito de exclusividade em caso de comunicação ao público de trechos reduzidos das obras. Por seus reflexos diretos nos contornos e no exercício dos direitos materiais atribuídos às partes envolvidas e, conseqüentemente, por sua relevância social e econômica, eles têm sido objeto de diversas análises críticas tanto na esfera política quanto na doutrina. Apesar disso, estes instrumentos oferecem uma oportunidade para que se atinja o delicado equilíbrio de interesses almejado neste campo. Esta oportunidade será melhor aproveitada se cada instrumento for considerado não somente em seu escopo teleológico individual, mas sim em vista de todo o sistema jurídico estabelecido pelo Projeto de Lei e com a devida reflexão sobre os incentivos proporcionados e as condutas prováveis a serem adotadas na prática pelas partes envolvidas.

Em especial com relação às exceções *de minimis*, uma maior certeza sobre a sua compatibilidade com o direito europeu é de fundamental importância, de forma que a eventual transposição de sua categoria dogmática para uma (mera) presunção relativa de proporcionalidade pode ser considerada. No caso do mecanismo de *pre-flagging*, caso realmente conste na versão oficial da lei aprovada pelo legislativo, as autoridades alemãs deveriam considerar também mecanismos de informação aos usuários para a sua devida utilização, dirimindo assim dúvidas que possam inibi-los de exercer os seus direitos e evitando o *overblocking* de conteúdos.

De forma geral, espera-se que a versão atual do Projeto de Lei sofra sensíveis modificações até a entrada em vigor das leis de implementação da Diretiva DSM. Tanto a consideração do quadro jurídico atualmente sugerido quanto a análise dos próximos passos legislativos serão importantes para o estudo da regulação das plataformas digitais na área de direitos autorais, o qual, pela atualidade e relevância do tema, continuará em voga nos âmbitos político, jurídico e acadêmico ao longo dos próximos anos.

REFERÊNCIAS

EGGERT, Moritz; WEIGAND, Ralf. **Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Bin-**

nenmarkts vom 13.10.2020. Deutscher Komponistenverband (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_Komponistenverband_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-6.

FACEBOOK Ireland Ltd. **Stellungnahme von Facebook Ireland Limited zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, UrhDaG-E) – Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom Oktober 2020.** Facebook (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_facebook_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-25.

GEMA. **Stellungnahme der GEMA v. 6.11.2020 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes.** GEMA (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_GEMA_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-11.

HILTY, Reto M.; KAISER, Ansgar; MOSCON, Valentina; RICHTER, Heiko; STUMPF, Aaron; SUTTERER, Moritz. **Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 2. September 2020.** Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Stellungnahme_UrhDaG_Referentenentwurf_MPI.pdf (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-20.

HOFMANN, Franz. **Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL.** GRUR 2019. P. 1219-1229.

HOLZNAGEL, Bernd. **Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL.** ZUM 2020, P. 1-6.

HUSOVEC, Martin; QUINTAIS, João Pedro. **How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms.** SSRN (*online*). Data de Publicação: 14/10/2019. Data da

PATALONG, Frank. „KaZaA ist wie eine Knarre am Kopf“. Spiegel Online. Data de Publicação: 10/12/2004. Disponível em: <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/prozess-hintergruende-kazaa-ist-wie-eine-knarre-am-kopf-a-332135.html> (último acesso em 21 jan. 2021).

PETERS, Nils; SCHMIDT, Jan Hendrik. **Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde**. GRUR Int 2019. P. 1006-1016.

Positionspaper der Urheberrechtswissenschaft (*online*). **Zitate und Parodien müssen vergütungsfrei bleiben!**. Dezembro/2020. Disponível em: <https://www.zar.kit.edu/downloads/News/Positionspapier%20der%20Urheberrechtswissens.pdf> (último acesso em 21 jan. 2021).

REDA, Julia. **In copyright reform, Germany wants to avoid over-blocking, not rule out upload filters – Part 1**. Kluwer Copyright Blog (*online*). Data de Publicação: 09/07/2020. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/07/09/in-copyright-reform-germany-wants-to-avoid-over-blocking-not-rule-out-upload-filters-part-1/> (último acesso em 21 jan. 2021).

REDA, Julia. **In copyright reform, Germany wants to avoid over-blocking, not rule out upload filters – Part 2**. Kluwer Copyright Blog (*online*). Data de Publicação: 10/07/2020. Disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/07/10/in-copyright-reform-germany-wants-to-avoid-over-blocking-not-rule-out-upload-filters-part-2/> (último acesso em 21 jan. 2021).

REUTER, Markus. **Demos gegen Uploadfilter: Alle Zahlen, alle Städte**. Netzpolitik.org. Data de Publicação: 23/03/2019. Disponível em: <https://netzpolitik.org/2019/demos-gegen-uploadfilter-alle-zahlen-alle-staedte/> (último acesso em 21 jan. 2021).

ROSATI, Eleonora. *The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law*. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**. Vol. 15 N° 11. Novembro/2020. P. 874–878.

SCHMID, Gregor; BARUDI, Malek. **Implementierung der DSM-Urheberrechts-Richtlinie**. TaylorWessing (*online*). Data de Publicação: 09/07/2020. Disponível em: <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2020/07/implementierung-der-dsm-urheberrechts-richtlinie> (último acesso em 21 jan. 2021).

STEINBRECHER, Judith. **Stellungnahme zum Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes – Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes**. Bitkom (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnah>

men/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_Bitkom_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-17.

STIEPER, Malte. **Die Umsetzung von Art. 17 VII DSM RL in deutsches Recht (Teil 1) – Brauchen wir eine Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiches?**. GRUR 2020. P. 699-708.

STUETZLE, Christiane; ERNST, Patricia C. **EU Copyright Directive – Quo Vadis: First Steps Towards its German Implementation**. Morrison Foerster (*online*). Data de Publicação: 01/10/2020. Disponível em: <https://www.mofo.com/resources/insights/201001-eu-copyright-directive.html> (último acesso em 21 jan. 2021).

WÜRTENBERGER, Gert; FREISCHEM, Stephan. **Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zum RefE des DSM-Umsetzungsgesetzes**. GRUR-Fachausschuss Urheber- und Verlagsrecht (*online*). Data de Publicação: 06/11/2020. Disponível em: https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/110620_Stellungnahme_GRUR_RefE_Urheberrecht-ges.pdf;jsessionid=A128E1DC5526FAA286B297A65954B9DB.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (último acesso em 21 jan. 2021). P. 1-10.

Recebido: 21/01/2021

Aprovado: 06/03/2021

RRDDIS

PRECIOS EXCESIVOS Y MEDIOS PROBATORIOS, CON ESPECIAL ATENCIÓN EN EL MERCADO DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE AUTOR

Excessive prices and means of proof, with special attention to the market of copyright collecting societies

Gonzalo Nazar de la Vega¹

RESUMEN:

El análisis de la imposición de precios excesivos, en general, presenta obstáculos que llevan a que difícilmente se destinen gastos de los limitados recursos de los organismos de competencia. Entre las objeciones que se plantean, aparecen los problemas probatorios para establecer los supuestos en que se puede considerar que se ha incurrido en esa conducta. En el presente artículo se pretende analizar esta cuestión, con especial atención en las entidades colectivas de derechos de autor.

Palabras clave: Derecho de la Competencia; Abuso de posición dominante; precios excesivos; sociedades de gestión colectiva; derecho de autor; medios probatorios.

ABSTRACT:

The analysis of the imposition of excessive prices, in general, presents obstacles that make it difficult to spend the limited resources of the competition authorities. Among the objections raised are the evidentiary problems in establishing the cases in which such conduct may be considered to have occurred. This article aims to analyze this issue, with a special focus on collective copyright entities.

Keywords: Competition Law; Abuse of dominant position; excessive prices; collective management societies; copyright; evidentiary means.

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho y Economía, Universidad Torcuato Di Tella. Docente, Universidad de Buenos Aires. Affiliated Research Fellow, Instituto Max Planck para la Innovación y Competencia. E-mail: nazargonzalo@gmail.com

SUMÁRIO

I. Introducción. **II.** Posición dominante en las Sociedades de Gestión Colectiva. **III.** La imposición de precios excesivos. **IV.** El enfoque de mercado para obtener una valuación de un activo intangible. **V.** La comparación de precios como medio probatorio en el mercado de SGC. **VI.** Conclusión. Referências

I INTRODUCCIÓN

La gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos es un sistema por el cual los titulares de esos derechos delegan la administración de sus obras en una entidad especializada y creada a esos fines², la Sociedad de Gestión Colectiva (SGC).

Esta entidad tiene por actividad principal, conceder licencias para el uso de sus obras, recaudar el dinero y repartir la remuneración entre sus miembros –titulares de derechos–. Es a través de las licencias, denominadas *blanket licenses* o licencias globales, que una SGC pone a disposición de los usuarios todo el repertorio que administra, para que sea explotado por ellos. Los usuarios o asociación de usuarios de, por ejemplo, discotecas, hoteles y restaurantes, se comprometen a realizar el pago correspondiente por aquel uso.

Las SGC, en general, no se encuentran sometidas a una competencia sustancial en los territorios donde operan. Ello puede implicar una situación de dominio sobre el mercado y derivar en abusos que, en relación a los usuarios, podrían concretarse en la imposición de precios o tarifas excesivas al momento de negociar las licencias del repertorio que administra a través de las mencionadas *blanket licenses*.

El análisis de esta conducta, desde las leyes de competencia, es polémica. En general, presentan casos difíciles y tal vez dudosos para la

² LIPSZYC, D., **Derechos de Autor y Derechos Conexos** (reimpresión, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLÍA, Buenos Aires 2001) 407.

aplicación de la ley, lo que lleva a que difícilmente se destinen gastos de los limitados recursos de los organismos de competencia³.

Entre las objeciones que se plantean, aparecen los problemas probatorios para establecer los supuestos en que se puede considerar que se ha incurrido en esa conducta.

En el presente artículo se pretende analizar estas cuestiones, comenzando por el análisis de la posición dominante, el abuso de la aquella posición, la conducta de imposición de precios excesivos y, por último, se describe los medios probatorios utilizados, con especial foco en las entidades colectivas de derechos de autor.

II POSICIÓN DOMINANTE EN LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

La “posición dominante” puede ser entendida como aquella posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante permitiéndole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores⁴.

Al respecto, es sabido que lo que resulta condenable no es la posición dominante en sí misma sino la conducta anticompetitiva. Para que una conducta por parte de una entidad resulte anticompetitiva es necesario que suceda un abuso de aquella posición.

Una de las normas más trascendentes en la actualidad, en tanto es una referencia en lo relativo a los abusos de posición dominante para los demás países, es el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A nivel regional, esta figura ha sido incluida en el artículo 4° del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercado Común del Sur (Mercosur). Asimismo, ha sido incorporada en el artículo 3° de la decisión 285 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

³ DUNNE, Niamh, **“Competition Law and Economic Regulation”** (Cambridge University Press, 1 ed., 2015), p. 129

⁴ United Brands c. Comisión [1978] asunto C- 27/76 (TJUE); Michelin c. Comisión [1983] asunto 322/81 (TJUE); entre otros.

En general, en las diferentes normas, no se establece una definición al respecto de lo que debe entenderse como “abuso de posición dominante”, sino que se establece un listado no exhaustivo de conductas que pueden considerarse abusivas⁵.

El sistema de gestión colectiva de derechos de autor implica necesariamente la concentración de cierta clase de derechos, lo que provoca que una SGC adquiera una posición de dominio en el mercado puesto que les permite actuar como la única entidad o como una de las pocas entidades con la posibilidad de otorgar las licencias y de administrar los derechos patrimoniales de los titulares que representa, sin estar expuestas a una competencia sustancial. Esta situación se agrava en virtud de las altas barreras a la entrada de esta clase de mercados.

La dominancia se incrementa respecto de los usuarios cuando el repertorio administrado por la SGC es considerado como un insumo importante para su negocio⁶. En relación a los titulares de derechos, en los sistemas de afiliación voluntarios, la dominancia se da en relación a la necesidad de gozar de los beneficios del sistema de gestión colectiva, ante la dificultosa y costosa tarea que implica la gestión individual.

Sin perjuicio de que las sociedades de gestión colectiva tienden a instituirse en organizaciones sin fines de lucro, pueden encontrar nuevos usos para los ingresos extra que hayan obtenido incrementando sus costos. Es por ello que, pese a que los objetivos varían entre las empresas comerciales con fines de lucro y las sociedades sin fines de lucro, el comportamiento anticompetitivo puede ser similar. Por esa razón, se deben aplicar las leyes de defensa de la competencia en ambos casos, sin discriminación⁷, aún en los casos que la posición de dominio sea producto de un monopolio legal⁸.

⁵ CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las, **Derecho antimonopólico y de Defensa de la Competencia** -T II- (1st, Ed. Heliasta, Buenos Aires 2017) 205-206.

⁶ Drexl, J. (n 10), p. 81.

⁷ Tavera, José y Tilsa Oré, (n 15), 222.

⁸ WHISH, Richard; Bailey, David. **Competition Law** (7th, Oxford University Press, 2012) 181.

El interés de las autoridades de competencia sobre las SGC tiene como uno de los primeros antecedentes uno que involucraba a sociedad de gestión alemana GEMA⁹. En aquel caso, se entendió que GEMA abusaba de su posición dominante sobre los productores de discos, al extender el contenido de sus licencias en cierta clase de obras musicales, e imponer un canon a la licencia sobre grabaciones de sonido que se importaban a Alemania. La Comisión Europea entendió que aquella entidad era la única empresa que gestionaba los derechos de autor en obras musicales en aquel país. Expuso que se valió de esa posición para obtener ventajas que no hubiera podido obtener de haber habido una competencia efectiva.

Respecto de la entidad colectiva belga SABAM¹⁰, la Comisión Europea entendió que ostentaba una posición dominante en un caso en el que se decidió que aquella SGC explotaba de forma abusiva su posición al exigir para la afiliación, la cesión en bloque de todos los derechos de autor, sin distinción de determinadas categorías entre los mismos. También, indicó que significaba un abuso de posición dominante el requerir la reserva del ejercicio exclusivo de los derechos cedidos durante un período de cinco años después de que el socio perdiera su condición de tal. En aquel caso, se sostuvo que se produce un abuso cuando una sociedad impone a sus miembros obligaciones que no son necesarias para el logro de los objetivos de la sociedad pertinente. Se entendió que esas estipulaciones eran excesivas e invadían injustamente las libertades de los miembros.

De igual manera lo entendió el mismo organismo europeo cuando expuso que SACEM¹¹ había abusado de esa posición dominante, al impedir en sus estatutos que los autores gestionen ellos mismos ciertos derechos, por lo que imponían compromisos que no eran indispensables para el logro de su objeto social.

⁹ Decisión 71/224/CEE – GEMA I, de 2 de junio de 1971.

¹⁰ Belgische Radio en Televisie y société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM y NV Fonior [1974] asunto 127/73. (TJUE).

¹¹ Banghalter & Homem Christo v SACEM [2002] e.g. 1. COMP/C2/37.219 e.g. 280 (CE).

En el ámbito latinoamericano, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia entendió que SAYCO¹² tenía una posición de dominio frente a sus asociados, de la cual se había valido para establecer como condición para asociarse a los titulares de derechos la de entregar la totalidad de los usos del derecho de comunicación pública, lo que impedía a estos titulares gestionar individualmente los usos que decidiera conveniente reservarse.

III LA IMPOSICIÓN DE PRECIOS EXCESIVOS

El grupo de actividades categorizadas como abuso de posición dominante incluyen los casos de “abuso exclusorio” así como los casos de “abuso explotativo”. Los abusos exclusorios refieren a conductas que impactan primariamente en la posición competitiva de otros competidores, mientras que los abusos explotativos consisten en las prácticas que afectan directamente a los consumidores de la empresa dominante.

Entre los abusos explotativos se encuentra la imposición de precios excesivamente altos. Técnicamente, esta conducta consiste en el aumento de precios de manera unilateral por quien se encuentra en una posición dominante en un mercado con el objeto de incrementar sus beneficios, pero a costa de una disminución del excedente de los compradores y de una reducción del excedente total generado.

En Estados Unidos no se considera que la imposición precios excesivos constituya una infracción a sus normas anticompetitivas, salvo que forme parte de otra conducta sancionable¹³. Se entiende que será el propio mercado quien va a corregir en la práctica, dado que el hecho de fijar precios abusivos genera incentivos a la entrada de nuevos participantes en el mercado, lo que da como resultado una baja en los precios.

¹² Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio [2016]. Res. 76278 (SIC). Dicha resolución fue confirmada por la Corte Constitucional, Sala segunda de revisión, el 16 de agosto de 2018 (sentencia T-332).

¹³ *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Company*, 603 F.2d 263; S.D.N.Y. (1978); *Verizon Communications Inc. v. Law Offices Of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S. 398 (2004); entre otros.

De manera diferente se aborda el tema en el derecho de la Unión Europea, donde la imposición de regalías excesivas puede ser considerados un abuso explotativo de posición dominante en el marco del artículo 102, inciso a, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU). Aquella norma establece que constituye una práctica abusiva “imponer directa o indirectamente precios de compra, venta u otras condiciones de transacción no equitativas”¹⁴.

En el ámbito latinoamericano, la situación es un tanto dispar. En México¹⁵ y Perú¹⁶, por ejemplo, no son considerados ilegales. En Brasil, la autoridad de competencia entiende que los precios excesivos, si bien se encuentran previstos en la Ley 12.529/2011, sólo deben ser considerados una infracción si tienen un componente exclusorio¹⁷. En otros países, como Argentina¹⁸ y Colombia¹⁹, estos actos se encuentran prohibidos por las normas de competencia.

En general, hay cierta aversión en aceptar que se puede otorgar a la agencia de competencia la facultad de control de precios. Dunne explica que las normas que prohíben los precios excesivos suelen exigir que la autoridad de la competencia determine un precio „razonable“ para el futuro y, posiblemente, que supervise las prácticas futuras de fijación de

¹⁴ “Artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE). Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; (...)”. *United Brands v Commission* [1978] Caso 27/76; *British Leyland Public Limited Company v Commission of the European Communities*, [1984] Caso 226/84; entre muchos otros.

¹⁵ La Ley Federal de Competencia no contiene una previsión al respecto.

¹⁶ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas 1034, artículos 10.2 y 10.5.

¹⁷ Una revisión de casos comparados en: Eduardo Saavedra y Javier Tapia, *El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta*, (Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, 153, 2019), 95-140.

¹⁸ Ley de Defensa de la Competencia 27.442, al igual que su antecesora 25.156.

¹⁹ Ley 155 de 1959, artículo 1°.

precios del demandado para verificar su cumplimiento. En función de ello, suelen mostrarse reacios a asumir esa función reguladora²⁰.

David Evans y Jorge Padilla entienden que la evaluación de los precios excesivos está sujeta a importantes dificultades conceptuales y prácticas, y que cualquier política que trate de detectar y prohibir los precios excesivos es probable que dé lugar a predicciones incorrectas en numerosos casos. No obstante, encuentran una posible excepción. Para estos autores, en algunas „circunstancias excepcionales“ puede ser apropiado recurrir a las políticas públicas para interferir con las políticas de precios de los monopolios que gozan de la protección de las barreras legales de entrada, cuyas acciones pueden impedir el lanzamiento de nuevos productos o la aparición de nuevos mercados adyacentes. Sin embargo, señalan que aún en esos casos, no resulta clara la razón por la cual no es mejor simplemente confiar sobre la regulación *ex ante*, estableciendo órganos reguladores específicos para cada sector con más información sobre los fundamentos de los mercados en cuestión y una mejor capacidad para supervisar el cumplimiento²¹.

Al respecto, Whish indica que una regulación sobre precios requiere obtener una cantidad de información sobre un mercado, lo que podría ser de muy costosa o imposible obtención para la autoridad de competencia o un tribunal judicial²².

De modo análogo, Motta y Streeck sostienen que solo en algunos pocos casos, prohibir los precios excesivos puede ser deseable. En concreto, entienden que para que sea condenable un acto de imposición de precios excesivos se deben cumplir varios factores. En primer lugar, deben existir barreras de entrada elevadas y permanentes. Por otro lado, el poder de mercado de la entidad debe haberse originado en privilegios especiales concedidos a dicha empresa, cosa que no se cumpliría en el caso de que ese poder haya sido producto como resultado de la competencia. Por último, debe tratarse de un sector en el cual no exista una

²⁰ DUNNE, Niamh, op. cit. p. 84.

²¹ EVANS, David; PADILLA, Jorge ' Excessive prices: Using economics to define administrable legal rules' [2004] **Journal of Competition Law and Economics** 97-122, Vol. 1.

²² Whish, R. y Bailey, D. (n 26), 720.

entidad regulatoria específica que lo discipline. Sin perjuicio de ello, estos autores se encuentran en contra de aplicar los precios excesivos en casos de derechos intelectuales, salvo que exista un derecho otorgado por parte de la autoridad administrativa de manera manifiestamente injustificada²³.

Por otro lado, Whish señala que existen otras dificultades en poder iniciar y finalizar un proceso por esta clase de actos²⁴. Particularmente respecto de las SGC, la dificultad se encuentra en establecer el supuesto en que un precio resulta excesivo. En general, establecer simplemente que un precio sería razonable por agregar un margen de beneficio aceptable para el costo de producir el bien o proveer un servicio no se encuentra libre de dificultades o establecerse una relación respecto de su valor real²⁵, lo que se complejiza aún más en lo relativo a las licencias de derecho de autor, dada la información y la difícil estimación que conlleva su valuación.

Sin perjuicio de las diferentes posturas acerca de la aplicación correcta de esta figura, en general, se considera que resulta necesario su control desde la defensa de la competencia cuando se trata de un mercado con altas barreras a la entrada y sin un regulador específico que los analice. En ese sentido parece orientarse la mayoría de los autores.

En cuanto al mercado de las SGC, aun si se quisieran eliminar las barreras legales que existen en los mercados de muchos países, existen barreras a la entrada que son endógenas al sistema. La intermediación que ejerce una SGC tiende a provocar un efecto de red en tanto los usuarios van a valorar la licencia más abarcativa de repertorio, es decir, la que incluya la mayor cantidad de derechos o titulares en la licencia. De igual manera, la sociedad colectiva con mayor repertorio va a atraer a la mayor cantidad de titulares de derechos. Estos efectos de red, que son endógenos al sistema, sumado a la economía de escala crean además, ventajas

²³ MOTTA, Massimo, DE STREEL, Alexandre, *Excessive Pricing in Competition Law: Never say never?*, en *The Pros and Cons of High prices*, (Swedish Competition Authority, Kalmar 2007), 14-46.

²⁴ WHISH, R.; BAILEY, D. (n 26) 718-721.

²⁵ FRENZ, Walter, *“Handbook of EU Competition Law”*, Springer Verlag Berlin Heidelberg, 2016, p.710

para las SGC que se encuentran funcionando en el mercado, debido también a los grandes costos hundidos que requiere para las nuevas entidades ingresar en el mercado, lo que provoca una baja desafiabilidad²⁶, al menos al corto y mediano plazo.

Asimismo, se ha incluso entendido que, bajo estas condiciones, el monopolio natural de las SGC debe ser aceptado como una solución eficiente de mercado²⁷. También se indicó que, en principio, dado que se trata de un monopolio natural, no debería intentar imponérsele competencia debido a que podría cancelar las eficiencias propias de los monopolios naturales²⁸.

En ese sentido, la concentración del sistema en una o pocas entidades de gestión colectiva es por un lado una situación que sucede de manera endógena al sistema y, al mismo tiempo, es deseable dado que ofrece eficiencias al sistema, a los titulares de derechos y a los usuarios y, mediante ellos, a la sociedad.

Sobre esa base, es posible la aplicación del derecho de la competencia, cuando no exista un regulador dirigido a analizar estas conductas, en el mercado de las SGC.

IV EL ENFOQUE DE MERCADO PARA OBTENER UNA VALUACIÓN DE UN ACTIVO INTANGIBLE

Las normas de competencia en general no describen el estándar para una evaluación en detalle. Un parámetro puede encontrarse en una comparación que demuestre si ciertos precios son justos.

²⁶ Ruth Towse and Christian Handke 'Regulating Copyright Collecting Societies: current policy in Europe' presented at the Society for Economic Research in Copyright Issues (SERCI) conference at Humboldt University Berlin, July 2007, p. 8 y 12.

²⁷ Vale recordar que el término monopolio natural no se refiere al número real de vendedores en un mercado, sino a la relación entre la demanda y la tecnología de la oferta. Si toda la demanda dentro de un mercado relevante puede ser satisfecha al menor costo por una empresa en lugar de dos o más, el mercado es un monopolio natural, cualquiera que sea el número real de empresas en él (Richard, P, Natural Monopoly and its Regulation, Cato Institute, Washington DC 1999, 1).

²⁸ DREXL, J., HILTY, R. S. Nüerisson, y F. Trumplke (n 8).

El precio no tiene por qué relacionarse necesariamente con los costos de producción o suministro, sino que también puede compararse con los precios de otros mercados. Por consiguiente, el valor del producto pertinente puede derivarse de esta comparación.

Entre las distintas maneras de valorar un activo intangible, encontramos al enfoque de mercado. Según este enfoque, el valor de la propiedad intelectual puede determinarse considerando los precios de mercado pagados por propiedades similares como parte de transacciones de terceros.²⁹

El enfoque estima el valor de un activo intangible basándose en los precios de mercado de activos intangibles comparables que han sido comprados, vendidos o licenciados entre partes independientes. En otras palabras, proporciona indicaciones de valor mediante el estudio de las transacciones de propiedades similares a la propiedad para la que se busca una conclusión de valor³⁰.

La clave para realizar un enfoque transaccional satisfactorio es garantizar la comparabilidad entre las pruebas externas y el activo en cuestión. Los factores de comparabilidad a considerar se basan en los factores discutidos en el nivel de perfil de la pirámide de valoración.

Típicamente, hay dos pasos para una valoración de método transaccional - selección y ajustes. El filtrado se refiere al proceso de selección de transacciones de terceros candidatos con suficiente información sobre el precio, el alcance y los términos y condiciones para que se consideren comparables al activo intangible en cuestión. Los ajustes se refieren a un cambio cuantificable explícito en la valoración debido a una justificación específica. Los ajustes suelen basarse en una transacción (o transacciones) de referencia suficientemente cercana al activo intangible en cuestión, y para la cual se dispone de información suficiente para analizar las condiciones técnicas, jurídicas, comerciales y financieras.

Los precios establecidos a la luz de la competencia normal pueden entonces determinarse sobre esta base.

²⁹ **Revista de la OMPI, La propiedad Intelectual:** Motor del crecimiento económico. Valoración de la Propiedad Intelectual, septiembre-octubre de 2003, p. 7.

³⁰ PARR, Russell, **Intellectual Property.** Valuation, exploitation and infringements damages, Wiley, 5^o edition, p. 87/88.

V LA COMPARACIÓN DE PRECIOS COMO MEDIO PROBATORIO EN EL MERCADO DE SGC

Una de las técnicas probatorias utilizadas en el derecho comunitario europeo para determinar cuándo un precio es excesivo consiste en comparar el rendimiento de una empresa con las demás³¹.

El TJUE indicó en el caso “United Brands”³² que hay maneras de probar que un precio es excesivo. En “Corinne Bodson contra Pompes Funèbres”³³, una pregunta que se planteó ante el Tribunal de Justicia fue si Pompes Funèbres, que había recibido una concesión exclusiva para prestar „servicios externos“ para los funerales en una ciudad francesa determinada, era culpable de cobrar precios excesivos. El Tribunal de Justicia dijo que, dado que más de 30.000 municipios de Francia no habían otorgado concesiones exclusivas como la de Pompes Funèbres, sino que habían dejado el servicio sin regular o lo explotaban ellos mismos, debía ser posible hacer una comparación entre los precios cobrados por las empresas con concesiones y otras empresas. Al respecto entendió que esa comparación podría servir de base para evaluar si los precios cobrados por los concesionarios son justos.

Esta técnica probatoria fue considerada aplicable para las SGC en el ámbito europeo en el caso “Lucazeau y otros c. SACEM y otros”³⁴, donde el TJCE expuso que, cuando una SGC en posición dominante impone tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, de acuerdo a una base de comparación homogénea, dicha diferencia deberá ser considerada como el indicio de la explotación abusiva de una posición dominante.

Recientemente, el TJUE expresó que resulta adecuado comparar las tarifas con las aplicables en los estados vecinos y con las aplicables en otros Estados miembros, corregidas mediante el índice de paridad del

³¹ WHISH, R.; BAILEY, D. (n 26) 723.

³² Case 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, para 253.

³³ Case 30/87 [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984.

³⁴ Asunto 110/88 y sus acumulados, 241/88 y 242/88, sentencia del 13 de julio de 1989, apartado 25.

poder adquisitivo, siempre que los estados de referencia hayan sido seleccionados según criterios objetivos, apropiados y comprobables y que la base de las comparaciones efectuadas sea homogénea³⁵. Indicó también que la diferencia entre las tarifas comparadas debe considerarse si es significativa y persistente. Aclaró que tal diferencia constituye un indicio de abuso de posición dominante e invierte la carga de la prueba al poner en cabeza de la sociedad de gestión de derechos de autor en posición dominante la carga de demostrar que sus precios son equitativos, basándose en elementos objetivos relativos a los costos de gestión o en la remuneración de los titulares de los derechos.

Esta técnica fue utilizada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia argentina³⁶, aunque luego fue desechada por la Cámara Federal por considerar que los casos citados por la agencia de competencia argentina en su dictamen no resultaban extrapolables. Al respecto, el tribunal expresó que, si bien el método comparativo resulta posible desde el punto de vista teórico, es sumamente difícil encontrar mercados que sean cotejables en todas las dimensiones relevantes, sin aportar elementos que deberían ser tomadas para una comparabilidad entre países³⁷.

Un interesante caso se da en la regulación de Malta, país en el que se trata de resolver el problema de la definición de precios excesivos mediante la inclusión de una lista no exhaustiva de factores, tomada en su mayor parte de la jurisprudencia europea, que la Comisión de Malta está obligada a examinar³⁸, que pueden ser tomados como parámetros probatorios. Entre ellos incluyen los precios que cobran otros productores en el mercado local o las mismas empresas en mercados extranjeros análogos.

³⁵ Autortiesību un komunicēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA) v Konkurences padome (Consejo de la Competencia, Letonia), [2017], Asunto C-177/16 (TJUE), apartado 72, punto 2.

³⁶ Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina c/ SADAIC y otro s/ apel. res. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia [2019], Causa Nro. 7971/2018/CA1, CCYCFed –Sala III–.

³⁷ GRECCO, Esteban; VIECENS, Fernanda. Defensa de la competencia, propiedad intelectual y la figura de precios excesivos en la Argentina, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Abeledo Perrot, Julio-Agosto 2020, 303.

³⁸ Capítulo 379, apartado 9.3, Ley de Competencia de Malta.

En general, estas evaluaciones comparativas están concebidas para emular un mercado competitivo, por eso pueden ser útiles en mercados monopólicos. Este medio probatorio de valuación de los precios por comparación, se destaca por su simplicidad, pero requiere ser cuidadoso con la elección de las entidades que sean “comparables” para que sea útil. La “comparabilidad” depende de la homogeneidad de mercados y estructura de costos que puedan tener las entidades.

Puede resultar eficiente en tanto produce una inversión en la carga de la prueba, poniendo en cabeza de quien tiene mayor información –en este caso, la organización colectiva– la carga de comprobar que las tarifas fueron fijadas razonablemente.

Esta modificación en la carga de la prueba implica una regla de juzgamiento ante la insuficiencia demostrativa. Se distingue en su eficiencia, lo que produce que se desarrolle a un menor costo el proceso de acumulación de pruebas, produciendo que posiblemente haya una menor predisposición al error al momento de decidir.³⁹

De ese modo, genera incentivos en las agencias de competencia de perseguir esta clase de conductas toda vez que la decisión de invertir recursos en una investigación, está en la probabilidad de ser exitosos en la investigación.

De igual modo, establece un parámetro para que los administrados tengan cierta percepción acerca de cuándo están incurriendo en esta conducta abusiva.

Además, genera incentivos en las empresas al momento de incurrir en una práctica abusiva de esta clase. En este aspecto cabe tener presente que, en cualquier proceso, las reglas de distribución de carga probatoria deben ser incluidas por las partes en el análisis de riesgos propios de los procesos judiciales o administrativos.

³⁹ PARR, Russell, **Intellectual Property**. Valuation, exploitation and infringements damages, Wiley, 5° edition, 2018, p. 87-88.

VI CONCLUSIÓN

La fijación de precios excesivos, como conducta explotativa, desde la defensa de la competencia encuentra obstáculos en la práctica y desde un punto de vista teórico que llevan a que su aplicación sea muy limitada.

En cuanto a los medios probatorios, la técnica de valuación de precios por comparación, si bien no es perfecta, puede aminorar los costos de investigación de esta clase de conductas lo que puede generar incentivos a las agencias de competencia, quienes pueden ver que la sanción de esta clase de conductas sea posible. Asimismo, genera mejores incentivos a los particulares quienes tendrán que establecer una estructura de precios que se mantenga en parámetros razonables.

De esa manera, implica una mejora en términos de eficiencia y eficacia para la investigación y sanción de esta clase de conductas.

BIBLIOGRAFÍA

AKMAN, Pinar; GARROD, Luke. *“When are excessive prices unfair?”* **Journal of Competition Law & Economics**, Oxford University Press, 2011.

D’AMORE, Marcelo R. **Defensa de la competencia y propiedad intelectual**, Montevideo-Buenos Aires, Ed. B de F, 2015.

DREXL, Joseph, **Copyright, Competition and Development**, Report by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich to the World Intellectual Property Organization, Munich, 2013.

DUNNE, Niamh, **Competition Law and Economic Regulation**, Cambridge University Press, 1 ed., 2015.

EVANS, David; PADILLA, Jorge, *Excessive prices: Using economics to define administrable legal rules*, **Journal of Competition Law and Economics**, Oxford University Press, 2005.

FICSOR, Mihály, **La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos**, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 2002.

FRENZ, Walter, *“Handbook of EU Competition Law”*, Springer Verlag Berlin Heidelberg, 2016.

GRECCO, Esteban y Viencens, Fernanda, *Defensa de la competencia, propiedad intelectual y la figura de precios excesivos en la Argentina*, **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Abeledo Perrot, Julio-Agosto 2020, 303.

HANDKE, Christian, 'Collective administration' in WATT, R., **Handbook on the Economics of Copyright**, UK, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.

LIPSYC, Delia, **Derechos de Autor y Derechos Conexos**, Buenos Aires, Ediciones Unesco/Cerlalc/Zavalía, 2001.

MOTTA, Massimo; DE STREEL, Alexandre, **Excessive Pricing in Competition Law: Never say never?**, en *The Pros and Cons of High prices*, Swedish Competition Authority, Kalmar, 2007.

Revista de la OMPI, **La propiedad Intelectual: Motor del crecimiento económico. Valoración de la Propiedad Intelectual**, septiembre-octubre de 2003.

PARR, Russell, **Intellectual Property. Valuation, exploitation and infringements damages**, Wiley, 5° edition, 2018.

POSNER, Richard, **Economic Analysis of Law**, Wolters Kluwer, 1986.

TAVERA, José; TILSA Oré, *Gestión Colectiva de Derechos de Autor: Una Mirada al caso peruano*, **Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI** n° 5, 2007.

WHISH, Richard; BAILEY, David, **Competition Law**, Oxford University Press, 2012.

Recibido: 17/02/2021

Aprovado: 03/04/2021

LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA Y FALSIFICACIÓN: UNA ESTRATEGIA DE ALCANCES LIMITADOS

The fight against piracy and counterfeiting: a strategy with limited reaches

Javier Freire Núñez¹

RESUMEN:

Desde hace medio siglo hemos sido testigos de una tendencia ampliamente generalizada que apuntan a orientar esfuerzos para lograr una armonización de las legislaciones y profundización de la protección de la propiedad intelectual justificando en parte por los aparentes “daños” que ocasionan la falsificación y piratería. Esta tendencia se enfoca en plantear la protección de intereses privados como una cuestión de interés general, difundiendo cifras que no están del todo comprobadas, permitiendo la estigmatización de algunos de sus efectos. Lo que se necesita, muy por el contrario, es analizar el fenómeno con mayores elementos de rigor. Además, las medidas adoptadas recientemente o que figuran en acuerdos bilaterales (TLC’s) y propuestas en el derecho internacional (ACTA), estarían afectando y limitando las libertades públicas – trabas al comercio y acceso a la cultura e información – sobre todo aquella que circula en la web, desembocando en una limitación a la creatividad de manera desproporcionada en relación al impacto real del fenómeno y sus consecuencias.

Palabras clave: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE; Propiedad intelectual; falsificación; imitación; piratería.

ABSTRACT:

For half a century we have witnessed a widespread tendency to direct efforts towards harmonizing legislation and deepening intellectual property protection, justified in part by the apparent “damage” caused by counterfeiting and piracy. This trend focuses on the protection of private interests as a matter of general interest, disseminating figures that are not entirely proven, allowing the stigmatization of some of its effects. On the contrary, what is needed is a more rigorous analysis of the phenomenon. In addition, the measures recently adopted or contained in bilateral agreements (FTAs) and proposals in international law (ACTA), would be affecting and limiting public freedoms – obstacles to trade and access to culture and information – especially that which circulates on the web, leading to a limitation of creativity disproportionately in relation to the real impact of the phenomenon and its consequences.

Keywords: Organization for Economic Co-operation and Development OECD; Intellectual property; counterfeiting, imitation; piracy.

¹ Experto en temas de Propiedad Intelectual. Master en Propiedad Intelectual. FLACSO, Argentina. Cohorte 2012-2013. Ex Asesor Internacional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. E-mail: javi.freire13@gmail.com.

SUMÁRIO:

1. Introducción. **2.** La lucha contra la falsificación y piratería: El discurso sobre su erradicación y las cifras. **3.** El Acuerdo sobre los ADPIC, como medio para la lucha contra la falsificación y piratería. **4.** El ACTA o cuando Mickey Mouse se transforma en una cuestión de seguridad nacional. **5.** Conclusiones. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

La falsificación concentra una atención cada vez mayor de los medios y las autoridades públicas. Su impacto sobre las economías es presentado como un verdadero flagelo que conviene combatirlo hasta las últimas consecuencias, sacando fuerzas de diversas disciplinas jurídicas, ya sea en el ámbito del derecho penal, civil, administrativo y hasta aduanero. Estudios oficiales establecen que la industria internacional de la piratería y la falsificación es “multi-billonaria”².

Ahora bien, contrariamente a la concepción comúnmente admitida, la falsificación, en el sentido habitual del término, es perfectamente legal. El verbo “*falsificar*”, proviene del latín “*contrafacere*”, es decir “*imitar*”; la falsificación es una imitación.

El hombre tiene una curiosa contradicción, por un lado puede existir el recelo de poseer algo de otro como propio y por otro lado querer imitar y adquirir otra información, así se explica cómo desde el comienzo de la creación intelectual, el hombre ha procurado como atributo de su

² Informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), **Magnitude of Counterfeiting and Piracy of Tangible Products: An Update**, November 2009; p.1, disponible en: <http://www.oecd.org/sti/ind/44088872.pdf>, basado en el estudio OCDE (2008), *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*. En cuanto a la piratería digital, el documento de la OCDE, **Piracy of Digital Content**, Julio 2009, analiza las características de este mercado proporcionando datos económicos sobre el caso de los derechos deportivos, pp. 87-115, disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/piracy-of-digital-content_9789264065437-en#page88.

libertad, imitar la información para preservar la cultura³; hasta hace poco (en términos históricos) copiar información era caro y difícil.

Una evidencia histórica, es lo que ocurrido en Europa luego del siglo XI, muchas innovaciones fueron imitaciones desarrollados en otros lugares que luego se convirtieron en adaptaciones. Con toda probabilidad, el molino de viento fue un invento persa, y la devanadera era conocida en China en el siglo XI, mas de cien años antes de que apareciera por primera vez en Europa. La brújula la recibieron los europeos de los árabes, la pólvora fue con toda probabilidad un invento chino⁴. Los europeos demostraron en los siglos VI al XI no fue tanto capacidad inventiva como una notable capacidad de asimilación. Supieron coger las ideas buenas allá donde las encontraron y aplicarlas.⁵

En efecto, el principio fundamental del orden jurídico moderno es la libertad. La libertad declina en todos los ámbitos del derecho: el derecho público, el derecho penal, el derecho laboral, el derecho económico, etc. Precisamente, en el derecho económico, la libertad toma la forma de una libertad de comercio e industria en virtud de la cual, toda persona tiene derecho a emprender, participar en el mundo de los negocios y hacer competencia a otros. En particular, la libertad de competencia implica necesariamente, ofrecer productos y servicios idénticos a los disponibles en el mercado, lo cual supone que esos pueden—bajo ciertos parámetros— ser copiados libremente.

Y aquí estamos: la imitación es libre. Esta libertad que posee todo competidor constituye un principio esencial del derecho general de la competencia; “debe ser considerada como una de las normas esenciales de toda organización social”⁶.

³ GONZÁLEZ, J.M. (2002). “Copiar o no copiar, ¿he ahí el dilema?”, **Revista TodoLinux**, nº23, pp.12-13.

⁴ CIPOLLA, Carlo M. **Storia economica del l’Europa pre-industriale. (Historia Económica de la Europa preindustrial)**. Versión española del italiano: Esther Benítez, versión española del inglés, Joaquín Arango. 1974 by Società Editrice Il Mulino, Bologna. Ed. Cast.: Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1981, p. 184.

⁵ Ibídem, p. 175

⁶ CE., 13 de julio de 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1442, obs. J.-F. Neuray, “Le décret de Al-lardeausecours des noctambules, oufaut-ildansercomme les communessiffent” pp.

Para 1947, Vander Haeghen observaba que “en realidad, el principio de libre imitación está en la base de toda evolución y no se puede concebir que una civilización pueda formarse sin ella”⁷; sostenía también que el derecho de copiar era un derecho natural “esencial para la vida y determinante del progreso de la humanidad”⁸. Para Sócrates, Platón y Aristóteles, la imitación era buena, pues se trataba de una acomodación a las leyes naturales del universo. Además consideraban que todo acto de imitación es también un acto creativo y, que todo acto creativo implica imitación, tanto de la propia naturaleza como de las representaciones que de ésta tienen nuestros semejantes⁹.

Lógicamente, por otra parte, es a raíz de este *principio* de legalidad de la copia que han sido adoptadas las leyes en materia de propiedad intelectual, para establecer a *título excepcional y mediante el respeto de condiciones estrictas* derechos exclusivos y temporales en el sentido que, solo sus titulares pueden explotar los objetos a los que se aplican (una obra, un invento, etc.), limitando la libertad de imitar.

En síntesis, según esta teoría, los consumidores se mueven en un mercado regido por el principio de la libre empresa en virtud del cual la imitación es un derecho y la exclusividad se convierte en la excepción riesgosa

La excepción *de iure* tiende a convertirse en la regla *de facto*. Más inquietante es la nueva tendencia, que apunta a la consagración de este estado de hecho como regla de derecho. Señalo al respecto que las cuestiones de propiedad intelectual, han sido calificadas oficialmente por ejemplo en los Estados Unidos¹⁰, como un tema de: “materia económica relacionada con

1447-1452; Ch. Del Marmol, “La liberté du commerce en droitbelge”, *J.T.*, 1953, n°4, pp. 65-70 y esp. p. 65; Liège, 18 de marzo de 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 991.

⁷ A. Vander Haegen, Observations sous Comm. Bruxelles (cess), 29 de diciembre de 1947, *Ing.-Cons.*, 1948, p. 223; A. Vander Haegen, “Partage des droitsintellectuels en propriétéindustrielle et en droitd’auteur”, *Ing.-Cons.*, 1954, p. 189.

⁸ A. Vander Haegen, Observations sous Comm. Bruxelles (cess.), op. cit. nota 4, p. 223.

⁹ Kaye, K, (1982) **The mental and social life of babies. How Parents Create Persons**. Chicago: The University of Chicago Press.

¹⁰ Véase *infra*, a propósito del ACTA.

la seguridad nacional”, un discurso en el que se asigna a quienes no respetan la ley del monopolio el apelativo liberticida de “terrorista”¹¹. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la falsificación incluso se habría transformado en “el método predilecto de financiamiento de cierto número de grupos terroristas”¹².

Más recientemente, se ha podido leer en la prensa: “Los compradores de copias piratas piensan que cometen una pequeña falta, pero ino es cierto! Es un crimen contra la propiedad intelectual, y por lo tanto, como lo muestra nuestro informe, es una cuestión de seguridad nacional. Reforzar la represión y sensibilizar al público son algunos caminos. Sensibilizar a los estados, también.”¹³ ¡Todo un programa!¹⁴

Como detalle histórico y considerando las aseveraciones antojadizas de que: la piratería está mal. Teniendo muy en cuenta que la posición contraria no es ofrecer excusas y justificaciones en favor de ella, el objetivo es observar este problema con la mayor rigurosidad y objetividad posible, de tal forma que se logre el equilibrio deseado, entre los intereses privados versus los intereses generales. Podríamos, por ejemplo, acordarnos de que durante el primer siglo de la historia de los EE.UU., no se reconocieron los derechos de copyright extranjeros. Nacimos, en este sentido, como una nación de piratas. Parecería irónico, por tanto, insistir demasiado en que otros países en vías de desarrollo hacen algo malo, cuando durante el primer siglo de nuestra historia lo mismo nos pareció que estaba bien¹⁵.

¹¹ MULARD, Claudine, “**La falsificación de DVD financiaría al terrorismo**”. 26-03-2009. Este artículo promociona un estudio encargado por los “másters” de la industria del cine, que en base a “análisis” y cifras, por lo menos completamente discutibles, intenta demostrar que la falsificación sirve para financiar al “terrorismo”. Ver en URL: http://linuxfr.org/users/patrick_g/journaux/contrefa%C3%A7on-de-dvd-et-terrorisme

¹² OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, 2007, p. 15 y pp. 4, 6 y 11. Ver en la URL <http://www.oecd.org/dataoecd/13/12/38707619.pdf>

¹³ MULARD, Claudine. “**La falsificación de DVD financiaría al terrorismo**”, *op. cit.*, nota 10.

¹⁴ La inauguración del Observatorio europeo de la falsificación y la piratería, el 2 de abril de 2009, en la Comisión europea parece participar en esta dinámica.

¹⁵ LESSIG, Lawrence, “El código 2.0”.

Ante este cambio de paradigma, es útil examinar el fenómeno de la falsificación y piratería, los medios jurídicos disponibles para combatirla y, sobre esta base, formular algunas pistas de reflexión, para que la lucha contra este fenómeno ofrezca la ocasión de realizar (por fin) el objetivo esencial inscrito en el Art. 7 del Acuerdo para la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o por sus siglas en inglés: TRIPS), que dispone: “contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, a la ventaja mutua tanto de aquellos que generan como de aquellos que utilizan los conocimientos técnicos y, de una manera propicia, al bienestar social y económico, de manera tal que, asegure un equilibrio de derechos y de obligaciones”¹⁶.

2 LA LUCHA CONTRA LA FALSIFICACIÓN Y PIRATERIA: EL DISCURSO SOBRE SU ERRADICACIÓN Y LAS CIFRAS.

Los derechos de propiedad intelectual otorgan exclusividades, prerrogativas del derecho común a algunas personas (públicas o privadas); se trata de derechos privados (ya que aun cuando el titular del derecho sea una persona pública, el interés protegido es de naturaleza privada). De allí que, no resulte necesariamente legítimo a los ojos de los ciudadanos que las autoridades públicas inviertan medios considerables y adopten regímenes jurídicos extremos para proteger a esos intereses privados, en la medida en que, los regímenes contra la falsificación y piratería, pueden resultar liberticidas.

Por esta razón aparece un nuevo discurso sobre la falsificación que apunta a fundamentar la legitimidad de medidas “antifalsificación” cada vez más severas y numerosas. El objetivo de ese discurso es hacer pasar la protección de los intereses privados de los titulares por una cuestión de interés general¹⁷. Para lograrlo, se pone el acento por un lado en la impor-

¹⁶ Anexo 1C al Acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio (OMC), anexados al Acta final que retoma los resultados de las negociaciones comerciales multilaterales de la ronda de Uruguay, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994.

¹⁷ El informe de la OCDE de 2007, ilustra esta estrategia: OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, *op. cit.* Nota 11, pp. 4 y 5.

tancia de la falsificación presentando cifras impresionantes y por otro en la importancia de lo que está en juego, estigmatizando su peligrosidad, tal es el grado de obstinación que para 1992, dentro de un foro de connotación respetable como es la UNESCO, se dijo: “Para algunas personas el término ‘piratería’ puede entrañar una ligera connotación romántica porque les recuerda a los bucaneros que fanfarroneaban en el Caribe; pero nada tienen de romántico ni de fanfarrón los piratas de la propiedad intelectual: son delincuentes que suelen operar en una escala amplia y organizada y que se dedican a robar los productos de las capacidades creativas y de las inversiones de otras personas”.¹⁸

Como ejemplo, en el año 2008 el Parlamento Europeo planteaba que “lo que está en juego es considerable. El mercado de la falsificación representa unos 500 miles de millones de euros, es decir del 7% al 10% aproximadamente del comercio mundial. [...] La defensa de la propiedad intelectual es un instrumento al que es imposible renunciar si se quiere preservar la competitividad exterior de la industria europea. [...] Sería de todos modos un error creer que las nuevas acciones implementadas en materia de lucha contra la falsificación no responden más que al interés de la industria comunitaria. Además de los graves perjuicios económicos que la falsificación y la piratería causan a las empresas, estas prácticas ilegales ocasionan, cada año, la desaparición de cientos de miles de empleos calificados y bien remunerados [...] y muchas veces pueden poner en peligro la salud de los consumidores, servir para financiar a organizaciones criminales o terroristas y ocasionar graves daños al medio ambiente”¹⁹ Diez años antes la OCDE, ya tenía un discurso idéntico²⁰.

¹⁸ FREITAS, Denis de. “Piratería de la propiedad intelectual y medidas necesarias para combatirla”, Boletín de derecho de autor de la UNESCO, Vol. XXVI, Nº 3 (París, 1992), pág. 6 (10ª reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, 1995). Véase: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001014/101440sb.pdf> (El autor, es un jurista y consultor de la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI).

¹⁹ Parlamento europeo, **Rapport sur l’impact de la contrefaçon sur le Commerce International**, 19 de noviembre de 2008, A6-0447/2008, p. 18. Ver en URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A-6-2008-0447+0+DOC+PDF+V0//FR>

²⁰ OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, p. 4, disponible en la URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/12/2090611.pdf>

Cabe de inmediato una pregunta: ¿es verdadero? Considerando que la falsificación es ilegal, está oculta, incluso se ha dicho que, es difícil recabar datos empíricos sobre este fenómeno²¹ o como menciona la misma OCDE, es muy difícil obtener estadísticas precisas sobre la falsificación, principalmente porque esta, es una actividad ilegal²². Es sorprendente ver con qué precisión se pretende poder atribuirle una cifra, parecen tan elevadas que terminaría resultando difícil comprender: ¿cómo puede sobrevivir aún la industria legal?

En realidad, las cifras mencionadas en todos los discursos sobre la falsificación tienen dos orígenes, el primero está constituido por un conjunto de ‘informes’ y de ‘estudios’ financiados por las industrias interesadas en el fortalecimiento de la propiedad intelectual (música, audiovisual, marcas famosas, farmacéutica, informática). Multiplicando ese tipo de informes, la industria logra crear un consenso aparente sobre estimaciones abultadas; el segundo origen de estas proviene de las medidas de retención en la aduana²³. Las cifras de la falsificación en realidad son las del número y la naturaleza de los artículos retenidos en la aduana en razón de su carácter *probablemente* falsificado. Esos artículos *sospechados* de ser falsificaciones son contabilizados como si fueran falsificaciones *comprobadas*. Este procedimiento es intelectualmente incorrecto: en efecto, se demostrará a continuación que los artículos retenidos en la aduana pueden ser tanto productos auténticos como falsificaciones.

Los documentos de referencia del discurso público sobre la falsificación son dos informes de la OCDE publicados en los años 1998 y 2007, respectivamente, que compilan las cifras de la industria y de las autori-

²¹ PANETHIERE, D. “La Persistencia de la Piratería y sus consecuencias para la creatividad, la cultura y el desarrollo sostenible”. Julio-Septiembre 2005. e.**Boletín de derecho de autor de la UNESCO**. Informe elaborado a petición de la Secretaría de la UNESCO, para la 13ª reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor. (El autor es abogado inscrito en el Consejo de Abogados de Illinois, autorizado a actuar ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ex-consejero principal sobre propiedad intelectual del Senado estadounidense. p.13

²² OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.* nota 19, p. 3.

²³ *Ibíd.*, pp. 3-4.

dades aduaneras. En particular, el informe más citado es el publicado en 1998. Ese informe fue preparado por la “Oficina de investigación sobre la falsificación de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)”²⁴ De modo tal que, el autor (a) del informe es a la vez juez del alcance de la falsificación y parte interesada en la lucha contra la falsificación.

Es interesante ver como la mayor parte de las autoridades públicas relacionadas con el tema, repiten el mismo discurso desde hace diez años: “la falsificación representa entre el 5% y el 7 % del comercio mundial”²⁵, una cifra extraída además del informe de OCDE 98’, cuando en ese mismo informe se menciona que “la falsificación constituye un problema grave, cuya amplitud, al parecer, no cesa de crecer. Sin embargo, es prácticamente imposible obtener estadísticas precisas para confirmar esta percepción, [este] sentimiento (sic), básicamente por el carácter clandestino de esta actividad”²⁶.

Más exactamente, el informe de OCDE 98’ sostiene que la falsificación representa del 5 % al 7% del comercio mundial (5000 miles de millones de dólares), es decir 250 mil millones de dólares. Esta estimación se basa en “datos correspondientes a los intercambios mundiales comunicados por la Organización Mundial del Comercio (OMC)”²⁷.

Sin embargo, la casi totalidad de las fuentes citadas en el informe proceden de la misma industria²⁸ El informe no explica en base a qué datos de la OMC, se pretende que ha sido estimada la cifra de la falsificación y cómo podrían esos datos informarnos sobre el alcance de la falsificación. Más aún, está explícitamente declarado: “No existen en absoluto datos reunidos susceptibles de confirmar estos elevados porcentajes, pero

²⁴ OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.* (Prólogo) p. 1.

²⁵ La Organización Mundial de Aduanas (OMA), por ejemplo, ha concluido en su análisis más reciente que en torno al 5% del comercio mundial tiene por objeto bienes pirateados, citado en: K. Idris, **Intellectual Property: A Power Tool for Economic Growth**, Ginebra, 2001, pág. 301.

²⁶ OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.* nota 19, p. 29 y pp. 3, 10, 32.

²⁷ *Ibidem*, pp. 4, 29.

²⁸ *Ibidem*, pp. 3, 11-22.

estas cifras ya han sido admitidas y son reveladoras de la magnitud del problema”²⁹.

Lamentablemente, el único punto sobre el cual el informe de la OCDE 98’, sin lugar a dudas no se equivoca es que en efecto – ignoramos por qué circunstancia – las cifras que menciona “*ya han sido admitidas*”, han sido retomadas al unísono por casi todos los legisladores y ejecutivos occidentales para justificar la adopción de regímenes contra la falsificación de una firmeza sin precedente. (Un ejemplo local es en mi país Ecuador, para ese año se promulgo la Ley 83 de Propiedad Intelectual, por coincidencia estos actos fueron declarados “delitos de acción pública”) ³⁰.

Y esto, sin que haya sido posible para la OCDE, en diez años producir datos transparentes y confiables para respaldar sus estimaciones.

Así, en su informe de 2007, la OCDE afirmaba que el comercio internacional de falsificaciones representaba alrededor de 200 mil millones de dólares, dando por entendido que varios cientos de miles de millones de dólares debían agregarse también a esa suma para cubrir la falsificación doméstica y en internet³¹. La Organización seguía comprobando que “no se ha efectuado ningún análisis cuantitativo riguroso para calcular el alcance global de la falsificación y de la piratería”³² y consideraba incluso que hacer ese tipo de análisis era imposible³³.

Adviértase que en 1998, la OCDE estimaba la falsificación en 250 miles de millones de dólares. En 2007, la OCDE declaró que la falsificación había aumentado un 26% en el curso de los últimos cinco años³⁴ pero no la evalúa en más de 200 miles de millones de dólares... Además,

²⁹ OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.* nota 19, p. 29.

³⁰ Art. 328.-Las infracciones determinadas en este Capítulo son de acción pública y de instancia oficial. *Ley de Propiedad Intelectual No. 83, publicada en el Registro Oficial 320, del 19 de mayo de 1998.*

³¹ OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, 2007. *op. cit.*, nota 11, p. 4.

³² *Ibidem*, pp. 5 y 9.

³³ *Ibidem*, p. 15.

³⁴ *Ibidem*, p. 13.

la comparación de estas cifras revela un desajuste entre las mismas y el discurso público manifestando que la falsificación se presenta como un fenómeno en plena expansión.

Por otra parte, al igual que las cifras de 1998, las cifras citadas en el informe OCDE 07' provienen de las autoridades aduaneras³⁵ y de la industria. Pero ya en 1998, la OCDE observaba que “gran parte de las organizaciones de lucha contra la falsificación son grupos de presión que tienen mucho interés en presentar cifras exageradas que pueden distorsionar la realidad”³⁶. La OCDE, no parece tener muy en cuenta esta sensata observación en sus informes.

Si bien existe un consenso sobre las cifras de la falsificación, no existen pruebas suficientes, relacionadas con la extensión y las consecuencias del comercio internacional de los productos falsificados y pirateados³⁷.

Aún si nos atenemos al estudio de la OCDE 07', que calcula la falsificación en 200 miles de millones de dólares, esto no representa más que un 0.31 % del comercio mundial evaluado en 65 trillones de dólares. ¿Cómo se explica entonces la envergadura de los medios públicos movilizadas para estar la importancia acordada a esta temática en la agenda de las cumbres internacionales? ¿Se trata realmente de una prioridad?

El discurso público sobre la falsificación y piratería, contiene otras distorsiones de la realidad. En particular, para convencernos de que el fenómeno constituye una cuestión de interés general, el discurso público declara que, destruiría cientos de miles de puestos de trabajo en todo el mundo. El razonamiento es: la falsificación priva a las empresas legítimas de ganancias sustanciales. Entonces, esas empresas crean menos puestos de trabajo, es decir que la falsificación obstaculiza la creación de puestos de trabajo. Sobre este tema se amerita un estudio más profundo, el mis-

³⁵ OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy**: Executive Summary, 2007. *op. cit.*, nota 11, p. 6 y 15-16.

³⁶ OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998, *op. cit.*, nota 19, p. 32.

³⁷ DORDI, C. “Impact of Counterfeiting on International Trade”, p. 25. Ver en URL: <http://www.ip-watch.org/files/PE406968EN.pdf>

mo que rebasa la expectativa de la presente investigación, pero sin duda habilita la realización de un trabajo futuro.

Otra variante de la argumentación relativa sostiene que la falsificación frenaría la innovación: la innovación requiere inversiones a las cuales la propiedad intelectual ofrecería una garantía de rentabilidad. Los falsificadores se apropiarían ilegalmente de los productos de las inversiones realizadas y, por lo tanto, los innovadores se sentirían desalentados para volver a invertir.

De hecho, este razonamiento procede de una lógica que está lejos de contar con unanimidad en los círculos científicos y académicos. Muy por el contrario, por ejemplo para Joseph Stiglitz, premio nobel de economía, explicó sobre el impacto económico negativo de una propiedad intelectual demasiado fuerte³⁸.

Nótese que la exclusividad conferida por la propiedad intelectual, no es absolutamente indispensable para la innovación: el software libre en el sector informático es una prueba indiscutible de esto. El software “libre” consiste en programas “libres de derechos”; además, en su mayoría son gratuitos. Muchas de las empresas que crean esos programas innovan y crean puestos de trabajo porque sus planes de negocios se basan en la venta de servicios adicionales³⁹.

Peor aún, una propiedad intelectual muy fuerte y omnipresente puede impedir la creación de empresas, de empleos y de innovaciones en algunos sectores⁴⁰. Diversos estudios económicos demuestran que la propiedad intelectual no necesariamente alienta la innovación y que deberían pensarse mecanismos alternativos. De allí que resulte excesivo declarar que la falsificación perjudica a la innovación. La realidad es más compleja.

³⁸ STIGLITZ, J. E. “Intellectual Property Rights and Wrongs”, **Daily Times**, 16 de agosto de 2005. Ver en URL: http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=story_16-8-2005_pg5_12.

³⁹ S. Weber, **The Success of Open Source**. Cambridge, Massachusetts, Harvard UP, 2004 ; J. Tirole & J. Lemer, “The Economics of Technology Sharing : Open Source and Beyond,” **Journal of Economic Perspectives**, vol. 19, N° 2.

⁴⁰ STIGLITZ, J. E. “Intellectual Property Rights and Wrongs”, op. cit. nota 37.

La dinámica que acabamos de describir está conduciendo a implementar sistemas jurídicos muy rígidos y parcializados que son poco compatibles con la innovación, la competencia, el comercio, la salud, etc.

3 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC, COMO MEDIO PARA LA LUCHA CONTRA LA FALSIFICACIÓN Y PIRATERÍA

La internacionalización de los derechos de propiedad intelectual no es un fenómeno nuevo: los principales derechos de propiedad intelectual han sido objeto, desde hace largo tiempo, de convenios internacionales ratificados ampliamente en el mundo, entre los cuales se destacan como principales: Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883); Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1866); y, el Convenio de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de radiodifusión (1961). Para 1967 el nacimiento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), es otra manifestación más de la vocación internacional por los derechos de propiedad intelectual.

Este fenómeno cobró un nuevo impulso con la adopción de los Acuerdos de Marrakech, que crearon la Organización Mundial del Comercio, firmados el 15 de abril de 1994, que hoy han sido ratificados o están en vías de serlo por la casi totalidad de los estados del mundo, y especialmente por el conjunto de las grandes potencias económicas y políticas. Estos acuerdos comprenden, en particular, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)⁴¹.

La firma de este instrumento constituye un evento sin precedentes en la historia del derecho de propiedad intelectual. Su impacto económico global es considerable, en especial porque permite, por primera vez, la creación de monopolios legales a escala mundial⁴².

⁴¹ Texto completo de los ADPIC, disponible en español en el sitio de la Organización Mundial del Comercio en URL: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm

⁴² REMICHE, B. "Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets", *R.I.D.E.*, 2002/1, p. 83

En síntesis, el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los estados firmantes a (i) adoptar legislaciones muy completas en materia de propiedad intelectual, con un alto nivel de protección de la propiedad intelectual y (ii) adoptar medidas contra la falsificación y/o piratería.

Respeto de los derechos, el Acuerdo sobre los ADPIC constituye el vértice de la pirámide; sus disposiciones se trasladan al derecho comunitario y al derecho nacional. El artículo 41 enuncia una serie de “obligaciones generales”. En este sentido, prevé, por un lado, la inserción en las legislaciones nacionales de los estados firmantes de procedimientos orientados a hacer respetar los derechos de propiedad intelectual que autorizan “una acción eficaz” contra toda vulneración de esos derechos; “incluyendo medidas correctivas rápidas destinadas a prevenir cualquier infracción”.

Por otra parte, el Acuerdo precisa que los procedimientos deben ser “aplicados de manera tal que[...] ofrezcan resguardos contra su uso abusivo”, ser “leales y equitativos”, dar lugar a “decisiones de fondo [...] por escrito y motivadas [...] [que] se apoyen exclusivamente en elementos de prueba sobre los que las partes hayan tenido la posibilidad de hacerse escuchar” y prevé la posibilidad de obtener “la revisión de las decisiones administrativas finales, por parte de una autoridad judicial”.

El artículo 61 del ADPIC obliga a los estados firmantes a incorporar a sus legislaciones nacionales “procedimientos y sanciones penales aplicables al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o [...] que lesionen el derecho de autor a escala comercial”.

Contempla diferentes medidas clásicas de orden civil y administrativo (medidas cautelares, orden de cesación, indemnización, etc.) así como también la obligación de respetar la proporcionalidad entre la gravedad del perjuicio y las medidas destinadas a remediarlo.

Por último, el Acuerdo obliga a los estados firmantes a crear tres procedimientos especiales en materia de propiedad intelectual: un procedimiento de embargo de mercaderías falsificadas, un procedimiento de suspensión o retención en aduana y un procedimiento penal.

Nuevamente se toma como ejemplo la legislación ecuatoriana, que fue promulgada en 1998 cumpliendo con el compromiso adoptado en la

Ronda de Uruguay de 1995, en el que se determinó que, los países en vías de desarrollo deberán armonizar su legislación en el plazo de cinco años. Sin embargo, el país lo hizo en tres años, no conformes con eso y teniendo en cuenta las normas del ADPIC, antes citadas, se introduce en el Art. 309 de la Ley 83 de Propiedad Intelectual, el literal d)⁴³, el cual facultaba a las autoridades administrativas y judiciales la posibilidad de aplicar varias medidas cautelares, como: la *destrucción los productos violatorios de cualquier derecho de propiedad intelectual*, la misma que violaba el derecho a la legítima defensa, en ese sentido el Tribunal Constitucional de Ecuador, lo declaró inconstitucional⁴⁴.

Debido a esa gran estigmatización las propuestas se trasladaron incluso a la OMA, donde se contempla adoptar normas armonizadas relativas a la represión de la falsificación para (casi) todas las autoridades aduaneras. Estas normas son conocidas por el acrónimo SECURE⁴⁵. Sin embargo, la iniciativa occidental encontró la firme oposición de algunos estados, entre ellos Brasil, China, Ecuador y la India, señalaron, en particular que, la OMA no tiene competencia en la materia⁴⁶. El proyecto de reglamento SECURE se encuentra, por el momento, suspendido. La

⁴³ *Ley de Propiedad Intelectual No. 83, publicada en el Registro Oficial 320, del 19 de mayo de 1998.* Art. 309. ..(...) d) La inutilización de los bienes u objetos materia de la infracción y, en caso necesario, **la destrucción** de moldes, planchas, matrices, instrumentos, negativos, plantas o partes de aquellas y demás elementos destinados al empleo de invenciones patentadas, a la impresión de marcas, a la reproducción o comunicación no autorizada, o de aquellos cuyo uso predominante sea facilitar la supresión o neutralización de cualquier medio de protección técnica o de información electrónica y que sirvan predominantemente para actos violatorios de cualquier derecho de propiedad intelectual.

⁴⁴ Res. No. 161-2000 -TP (R.O. 173, 28-IX-2000). Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2000/septiembre/code/17103/registro-oficial-28-de-septiembre-del-2000#anchor1069281>

⁴⁵ **Standards Employed by Customs for Uniform Rights Enforcement.** La propuesta de normas uniformes se encuentra disponible en: http://www.wcoomd.org/~media/WCO/Public/Global/PDF/Topics/Enforcement%20and%20Compliance/Activities%20and%20Programmes/IPR/Secure/SECURE_E.ashx?db=web

⁴⁶ X. Li, “**WCO SECURE: lessons learnt from the Abortion of the trips-plus-plus IP Enforcement Initiative**”, Centre SUD, de diciembre de 2008, ver en URL: http://www.southcentre.org/index.php?option=com_content&view=article&id=952%3Awco-secure-lessons-learnt-from-the-abortion-of-the-trip-plus-plus-ip-enforcement-initiative&catid=47%3Agovernance-and-intellectual-property&Itemid=67&lang=en

Comisión Europea podría, sin embargo, lograr sus fines en el marco de la negociación del ACTA, a la que los países emergentes y los países en desarrollo no han sido invitados.

4 EL ACTA O CUANDO MICKEY MOUSE SE TRANSFORMA EN UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL

El ACTA es el acrónimo de “Anti-Counterfeiting Trade Agreement” (Acuerdo Comercial contra la Falsificación). Se trata de un proyecto negociado desde junio de 2008⁴⁷ por Estados Unidos, Japón, la Comisión Europea, Canadá, Australia, México, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Corea del Sur y Suiza. Este Acuerdo es el resultado de una propuesta de algunas multinacionales reunidas en el *Business Action to Stop Counterfeiting And Piracy* (BASCAP)⁴⁸ lo cual muestra que el fortalecimiento de la propiedad intelectual, es una iniciativa de las industrias que busca promover un modelo único de organización económica y social⁴⁹.

Hasta la actualidad, las negociaciones relativas a este proyecto ACTA, son secretas algo que ha suscitado sospechas y muchas críticas. La respuesta de los negociadores ha sido siempre afirma que tradicionalmente la negociación de un tratado es confidencial. ¿De qué tradición están hablando? ¿De la que requiere que los negociadores tengan un mandato de negociación claro y público? ¿De la que se puso de manifiesto en el fallo *Turco* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas? “La transparencia en este sentido contribuye a reforzar a la democracia permitiendo que los ciudadanos controlen el conjunto de las informaciones que han constituido el fundamento de un acto legislativo. En efecto, la posibilidad, para los ciudadanos, de conocer los fundamentos de las

⁴⁷ Las primeras conversaciones tuvieron lugar entre Estados Unidos y Japón en el 2006.

⁴⁸ Ph. Aigrain, “Préparation de la decision politique : le trop plein de corruption”, <http://paigrain.debatpublic.net/?p=158>; A. Shaw, “The Problem with the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (and what to do about it)”, vol. 2, 2008, <http://www.kes-studies.org/ojs/index.php/kes/article/view/34/59>; OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, *op. cit.* nota 11, p. 28.

⁴⁹ P. Aigrain, demuestra cómo algunos lobbies logran llegar a manejar las decisiones políticas en materia de falsificación. *op. cit.* nota 47.

acciones legislativas es una condición del ejercicio efectivo, por parte de estos últimos, de sus derechos democráticos”⁵⁰.

Por cierto, otra “coincidencia”: algunos lobbies y algunas multinacionales tienen acceso a los documentos de la negociación (a diferencia de los parlamentos, las asociaciones de defensa de los consumidores y los ciudadanos). Se trata, especialmente, de los miembros de los *United States Trade Representative Advisory Committees*⁵¹, entre los cuales encontramos a la RIAA (industria de la música) y la MPAA (industria del audiovisual), IBM, Eli Lilly, Procter & Gamble, Intel, Sun Microsystems, Halliburton, Monsanto, etc.

El 17 de marzo de 2009, el presidente Obama decidió mantener el secreto ya impuesto por su predecesor sobre todas las discusiones relativas al ACTA conforme a la *Executive Order 13292* del 23 de marzo de 2003, relativa a las informaciones clasificadas (secretas) en razón de la seguridad nacional⁵².

Esta decisión implica que ni las conversaciones previas relacionadas con este proyecto de tratado, ni el proyecto discutido en sí pueden ser hechos públicos. Lo que significa también y esto merece destacarse que en el derecho norteamericano, la propiedad intelectual es considerada de

⁵⁰ CJCE, 1º de julio de 2008, aff. C 39/05.

⁵¹ La lista completa de los miembros se encuentra disponible en al URL: <http://www.ustr.gov/about-us/intergovernmental-affairs/advisory-committees/advisory-committee-trade-policy-and-negotiati>

⁵² Esta decisión presidencial no deja de asombrar en la medida en que, conforme a la sección 1.3. de la *Executive Order 13292*, solo pueden ser clasificadas las informaciones (a) relativas a los planes militares, a los sistemas de armamento o a las operaciones militares; (b) de un gobierno extranjero; (c) relativas a las actividades de información (incluyendo las actividades especiales), a las fuentes de información o a los métodos, o al encriptado; (d) relativas a las relaciones exteriores o a las actividades exteriores de los Estados Unidos, incluyendo las fuentes confidenciales; (e) relativas a las cuestiones científicas, tecnológicas o económicas vinculadas a la seguridad nacional, lo cual comprende la lucha contra el terrorismo internacional; (f) relativas a los programas de gobierno de los Estados Unidos para proteger a los equipos o las instalaciones nucleares; (g) o relativas a la vulnerabilidad o a las capacidades de los sistemas, instalaciones, proyectos o planes vinculados con la seguridad nacional, que comprenden la lucha contra el terrorismo internacional, (h) las armas de destrucción masiva. Este texto se encuentra disponible en la URL : <http://www.fas.org/sgp/bush/eoamend.html>

ahora en más como una cuestión de seguridad nacional, al mismo nivel que las armas nucleares!

Estas maniobras no impidieron algunas filtraciones de información sobre las líneas generales del ACTA. Frente a los pleitos judiciales iniciados por asociaciones de consumidores para obtener la transparencia sobre las negociaciones⁵³, el gobierno norteamericano divulgó, el 7 de abril de 2009, un documento que enumeraba los principales puntos de la negociación sin revelar su contenido⁵⁴. La Comisión Europea, subió ese documento a su sitio en internet⁵⁵ y ha desclasificado parcialmente algunos elementos, aunque no todos, relacionados con su pedido de mandato de negociación para el ACTA, que se remonta al mes de noviembre de 2007⁵⁶.

Así se supo que el ACTA retoma el conjunto de medidas relativas al respeto de los derechos inscritos en el Acuerdo ADPIC, en particular, se trata del reforzamiento de las medidas civiles, penales, como: retención en aduana y control de internet⁵⁷.

En cuanto a la retención en aduana, se propone ampliar ese régimen a todas las situaciones aduaneras, incluyendo el tránsito; confirmar el principio de intervención en base a una simple sospecha de falsificación; confirmar que la revocación o confirmación de la medida no puede tener efecto sin el conocimiento del titular del derecho; tratar la cuestión de los gastos de almacenamiento en depósito y destrucción; pero también prever que

⁵³ A. Girardeau, “Liberté et vie privée: ACTA, la menaçantôme”, **Liberation**, 6 de noviembre de 2008.

⁵⁴ El documento, titulado “The Anti-Counterfeiting Trade Agreement - Summary of Key Elements under Discussion”, puede consultarse en el sitio: http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/2375/1/Final_English.pdf

⁵⁵ Ver en URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/april/tradoc_142745.pdf

⁵⁶ Decisión del Consejo de la Unión Europea del 24 de marzo de 2009, sobre la desclasificación parcial de la Recomendación de la Comisión al Consejo de autorizar, abrir negociaciones de un acuerdo comercial contra la falsificación plurilateral (véase Consejo de la Unión Europea, 26 de marzo de 2008). Los dos documentos se relacionan con la referencia 7759/08.

⁵⁷ Los desarrollos relativos al contenido del ACTA tienen como fuente los documentos siguientes: “The Anti-Counterfeiting Trade Agreement - Summary of Key Elements under Discussion”, *op. cit.* nota 52; M. Geist, “The ACTA Threat to the Future of WIPO”, 14 de abril de 2009, <http://www.ip-watch.org/weblog/2009/04/14/the-acta-threat-to-the-future-of-wipo>

las autoridades aduaneras puedan obligar al titular del derecho exclusivo a presentar una caución para indemnizar a la parte incautada.

En cuanto a las medidas civiles, se refieren sobre todo a un incremento de las indemnizaciones en caso de infracción con el establecimiento de multas altas, contrario al principio de indemnización vigente en los países de derecho continental, y al derecho de obtener informaciones del presunto infractor.

En cuanto a las medidas penales, se quiere criminalizar el «*cam-cording*», es decir el registro no autorizado total o parcial de una obra audiovisual por medio de una cámara, tal como, las cámaras digitales de los teléfonos celulares. Además se amplía considerablemente el principio de incriminación: debería aplicarse a toda violación deliberada de un derecho de propiedad intelectual, aun cuando no tenga ninguna motivación financiera directa o indirecta.

Esta extensión del campo de aplicación del delito de falsificación –que siempre estuvo limitado a los actos planteados con fines comerciales – tiene el objetivo evidente de permitir iniciar acciones penales contra los usuarios de internet que desconozcan los derechos de autor en la red.

Desde ya, podemos preguntarnos sobre la pertinencia de ese enfoque. Pero más allá de eso, se observa que la ampliación planteada generaría daños colaterales, ya que apunta a todo tipo de lesión a todo derecho (y no solo la descarga ilegal), de modo que la libertad de expresión en internet podría, por ejemplo, verse reducida (véase el caso “*jeboycottedanone.com*”, un sitio en internet que denunciaba determinados comportamientos del grupo Danone, al que este grupo denunció por violación de su marca para requerir el cierre del sitio).

En cuanto al control de internet, la negociación se refiere esencialmente al papel y las responsabilidades de los Proveedores de Acceso a Internet (FAI), a los que se piensa asignar el papel de policías de la web a cambio de la exoneración de responsabilidad de la que ya gozan a justo título. Así, al primer pedido de los titulares de derechos, se les podría exigir que proporcionen la identidad de personas que suben contenido pre-

suntamente infractor, eliminar el contenido en litigio y hasta suspender el acceso a internet de esas personas.

El uso de un vocabulario elegido delicadamente permite adormecer la vigilancia del gran público. Esto no quita que se trata de permitir que empresas privadas vigilen⁵⁸, obtengan informaciones personales y dejen fuera de internet a cualquier ciudadano, todo esto sin ningún control judicial y basándose en simples alegatos, ya que las FAI no son competentes, ni para apreciar la validez de un derecho, ni la existencia de una infracción, es decir que deberían confiar en las declaraciones unilaterales de los presuntos titulares de derechos.

Nótese también que una parte del ACTA, se ocupa de la cooperación entre los diferentes estados y el intercambio de datos entre ellos. Y ya han podido verse los excesos a los que esto puede llevar en relación a la lucha contra “los terroristas”. No es para nada legítimo sacrificar el respeto de la vida privada de todos los ciudadanos por la protección de los intereses comerciales de unos pocos.

Aunque no se lo consultó en la negociación del ACTA, el Parlamento Europeo se invitó la discusión y adoptó una resolución el 18 de diciembre de 2008, donde se aborda el tema del impacto de las falsificaciones en el comercio internacional, manifestando que:

“14. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que negocien el ACTA en condiciones de la máxima transparencia para los ciudadanos de la Unión Europea, especialmente por lo que se refiere a las definiciones de los términos “falsificación” y “piratería” y las sanciones penales previstas; opina que debe evaluarse el impacto social del Acuerdo, así como su impacto sobre las libertades civiles; [...]

16. Destaca que en todos los acuerdos de aplicación previstos en materia de derechos de propiedad intelectual, el uso personal sin ánimo de lucro debe diferenciarse de la comercialización fraudulenta e intencionada de productos falsificados y pirateados; [...]

18. Pide a la Comisión que garantice que el ACTA no concede a las autoridades públicas acceso a ordenadores u otros aparatos electrónicos privados; [...]

⁵⁸ Un régimen como ese aplica necesariamente que se vigile a los usuarios de internet.

21. *Pide a la Comisión que el ACTA solo se concentre en las medidas para la aplicación de los derechos de propiedad intelectual, y no en cuestiones sustantivas en materia de derechos de propiedad intelectual, como el alcance de la protección, limitaciones y derogaciones, responsabilidad subsidiaria o responsabilidad de los intermediarios; [...]*

24. *Está convencido de que, en sus negociaciones actuales, la Comisión debe tener en cuenta críticas vehementes vertidas sobre el ACTA, a saber, la eventualidad de que permita a los poseedores de derechos de autor y de marca el acceso a la privacidad de los supuestos infractores sin tener que recurrir a los procedimientos legales adecuados, que continúe criminalizando las violaciones no comerciales de los derechos de autor y de marca, que refuerce las tecnologías de los sistemas de gestión de derechos digitales a costa de los derechos de "uso razonable", que establezca un procedimiento para la resolución de conflictos al margen de las estructuras actuales de la OMC, y, por último, que fuerce a todos los signatarios a asumir el coste de las medidas contra las violaciones de los derechos de autor y de marca;*

25. *Pide a la Comisión, en este contexto, que garantice que el proceso de consulta al público es continuado y transparente, apoye las ventajas que ofrece dicho proceso con todos los países negociadores y garantice que se informa plenamente y con regularidad al Parlamento sobre el estado de las negociaciones; [...]*

27. *Recuerda a la Comisión, en el marco de las negociaciones sobre el ACTA, el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dedicado a la protección de los datos de carácter personal, y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos [...]"⁵⁹.*

La noticia es que esta resolución aún no se encuentra aprobada. Obsérvese además que las medidas previstas en el ACTA, al igual que algunas medidas existentes, se limitan a tratar los síntomas de la falsificación y no sus fuentes. En este sentido, la manera de negociar el ACTA, procede de una lógica recurrente que consiste en esquivar los recintos

⁵⁹ Resolución del Parlamento europeo del 18 de diciembre de 2008 sobre el impacto de las falsificaciones en el comercio internacional (2008/2133(INI). Disponible en URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0634+0+DOC+XML+V0//ES>

internacionales apropiados para evitar una verdadera negociación entre todos los estados interesados, es decir tanto los países desarrollados como los países en desarrollo. Esta manera de proceder busca permitir que los primeros ideen un régimen riguroso tendiente a la defensa solo de sus intereses, para luego “proponerlo” a los segundos a cambio de algunos proyectos de inversiones extranjeras directas o condicionar la vigencia de los ya existentes como el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP)⁶⁰ y/o Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga, mejor conocida como ATPDEA (siglas en inglés: “*AndeanTradePromotion and DrugEradicationAct*”)⁶¹

Esta estrategia ha sido descrita brillantemente por Jean-Frédéric-Morin, en lo que se refiere a los Estados Unidos: “La estructura particular de la bilateralidad ha tenido por efecto aislar a los interlocutores de los Estados Unidos de su coalición desarrollista y colocarlos en una posición de dependencia comercial. Los Estados Unidos aprovecharon esa estructura asimétrica para renovar sus estrategias coercitivas. Ofrecieron a todos sus interlocutores compensaciones en términos de beneficios comerciales y de inversión. [...] Los Estados Unidos utilizaron también, en determinadas ocasiones, la amenaza de sanciones comerciales. Paralelamente a esta coerción, emplearon estrategias de socialización para con-

⁶⁰ Es un sistema que nace en 1961, a iniciativa del Primer Decenio de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNCTAD), tiene como objetivo fundamental, otorgar un **tratamiento arancelario preferencial** a más de 5.000 productos importados provenientes de casi 150 países en desarrollo, que entran exentos de impuestos y derechos aduaneros a los países desarrollados, sin ninguna reciprocidad por parte de éstos últimos, para “fomentar la industrialización, diversificación de las exportaciones y el aumento de los ingresos a los países beneficiarios”. Fue adoptado por la Comunidad Europea el 1 de julio de 1971, y el Congreso de los Estados Unidos le otorgó autoridad legislativa en el Título V de la Ley de Comercio de 1974 por un período de 10 años, que fue extendido sucesivas veces.

⁶¹ Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga, originalmente se llamó Ley de Preferencias Comerciales Andinas (ATPA), promulgada por los EE.UU, el 4 de diciembre de 1991, bajo el gobierno de George H. W. Bush. El programa fue renovado el 31 de octubre de 2002 por el gobierno de George W. Bush bajo el nombre de Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y Erradicación de la Droga (ATPDEA), su objetivo principal es otorgar acceso libre de aranceles al mercado estadounidense a una amplia gama de las exportaciones de cuatro países andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, como una compensación económica por la lucha contra el tráfico de drogas.

vencer a sus socios de lo bien fundado de las normas propuestas. [...] Gracias a esta combinación de coerción y socialización, los Estados Unidos firmaron, entre 1994 y 2004, una quincena de tratados bilaterales que preveían normas sobre el derecho material de las patentes. Estos tratados bilaterales norteamericanos favorecen una triple extensión del régimen internacional de patentes [geográfica, temporal] y sobre todo fijan los términos de una extensión jurídica inspirada en el derecho norteamericano. [...] Poco a poco agregaron obligaciones para garantizar la ampliación del área de protección y el incremento de los derechos conferidos por una patente. [...] Además, no es anodino señalar que los desarrollos jurídicos previstos en los tratados bilaterales van precisamente en sentido contrario a los reclamos expresados en la escena multilateral por las fuerzas contra-hegemónicas. [...] Más aún, [tratados bilaterales] agregan restricciones al ingreso de medicamentos genéricos en los países en desarrollo. En particular prohíben la doctrina del agotamiento internacional, limitan el recurso a las licencias obligatorias y prolongan la duración efectiva de las patentes farmacéuticas”⁶².

Es decir que, el procedimiento en el fondo no es nuevo. En estos últimos años, con frecuencia hadado origen a acuerdos bilaterales construidos en base al Acuerdo sobre los ADPIC, comúnmente conocidos por el nombre de ADPIC-PLUS, con el objeto de aumentar aún más el nivel de protección de la propiedad intelectual, reforzando los derechos que abarca ese Acuerdo.

Esta vez, el procedimiento es “plurilateral”, la forma cambia: el tratado es definido por algunos estados animados por el mismo interés y no por todos los estados con intereses diferentes (procedimiento multilateral). La lógica del procedimiento sigue siendo idéntica: la Comisión Europea ya hizo saber que para la negociación del ACTA, el Acuerdo sobre los ADPIC era una base mínima y no un límite⁶³.

⁶² MORIN, Jean-Frédéric, **Le bilatéralisme américain**: la nouvelle frontière du droit international des brevets, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 481-482. Sobre el mismo tema: C. Dordi, “Impact of Counterfeiting International Trade”, *op. cit.* nota 36.

⁶³ ERMERT, M. “**Accord sur les ADPIC**: point de départ et non finalité de l’Accord de lutte contre la contrefaçon”, 27 de abril de 2009, ver en URL:<http://www>.

Existen dos ámbitos internacionales para discutir medidas contra la falsificación: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y el Consejo de los ADPIC (OMC). Esos dos ámbitos se caracterizan por el multilateralismo, ya que todos los estados pueden participar en las discusiones y teóricamente todos los intereses pueden ser tenidos en cuenta.

Así, la OMPI está básicamente a cargo de negociar una Agenda para el Desarrollo, tendiente a que los países industrializados pongan en práctica programas destinados al desarrollo de los países que lo necesitan. En cuanto al Acuerdo sobre los ADPIC, contiene algunas disposiciones que obligan a los países industrializados a dotar a los países en desarrollo de una “base tecnológica sólida y viable” (Art. 66 ADPIC).

Al eludir los ámbitos establecidos para reforzar las medidas contra la falsificación, los países industrializados obran una vez más en defensa únicamente de sus intereses, evitando toda discusión sobre las preocupaciones de los países en desarrollo.

5 CONCLUSIONES

La tendencia ampliamente generalizada que conduce desde hace medio siglo al reforzamiento de los derechos de propiedad intelectual, está acompañada por medios cada vez más rigurosos en la lucha contra la falsificación y piratería, representando un peligro para el buen funcionamiento de nuestras economías de mercado, organizadas en base a la libertad de emprendimiento y un sistema de competencia fuerte, que admite, es verdad, algunas reservas importantes como los derechos privados que son los derechos intelectuales.

La contundente movilización de las autoridades públicas de los países desarrollados para reforzar cada vez más los medios de lucha contra la falsificación y piratería, una parte importante de la cual creo haber demostrado que se limita a responder a conflictos de intereses privados, nos

ip-watch.org/2009/04/27/accord-sur-les-adpic-point-de-depart-et-non-finalite-de-l%E2%80%99accord-de-lutte-contre-la-contrefacon/

parece excesiva a la luz de lo que se hace para promover la transferencia de tecnología.

Además, las políticas delineadas en contra de los infractores muchas veces generan, como hemos visto, un desequilibrio real y significativo entre el titular de derechos de propiedad intelectual y el presunto infractor. Ese desequilibrio resulta más inquietante aún si se considera que en las medidas tomadas el papel principal lo tienen las administraciones y hasta pretendidos titulares, dejando al poder judicial solo un papel a *posteriori*, que en muchas ocasiones actúa demasiado tarde para poder ser útil, teniendo en cuenta el contexto económico y comercial. En palabras de *Lawrence Lessig*, el Derecho no debería conceder a los «propietarios de espacio» ninguna protección legal contra la invasión en el ciberespacio, sino que debía obligarles a arreglárselas solos⁶⁴. Considerando que las administraciones en la actualidad actúan de oficio sin mediar la demanda de los titulares, en consecuencia esa obligación ha sido abiertamente delegada.

Obligar a los países en vías de desarrollo a aumentar sin cesar los niveles de protección de la propiedad intelectual y los medios para hacerla respetar utilizando la potencia comercial e ignorando sus necesidades, no permitirá a los países industrializados convencerlos de la legitimidad de los objetivos perseguidos por esta estrategia coercitiva. Y, precisamente, el recurso abusivo a esta estrategia irrita, a largo plazo, la voluntad de respetar la propiedad intelectual.

Para tener éxito, la estrategia contra la falsificación debe lograr una victoria sobre las mentes y los corazones. ¿Cómo convencer a los países que participen activamente en este combate? La respuesta a esta pregunta figura en el Preámbulo y en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC: desarrollar un sistema equilibrado entre una propiedad intelectual protegida y respetada que tenga suficientemente en cuenta la diversidad de los niveles de desarrollo tecnológico de los países, y poner en marcha una verdadera política de transferencia de tecnología Norte-Sur que contribuya al desarrollo de los países del Sur.

⁶⁴ LESSIG, Lawrence, “El código 2.0”.

Dicho esto, continuó pensando que la lucha contra la “falsificación y piratería criminal” debe continuar y desarrollarse, ya que de eso depende la salud y la seguridad de las poblaciones. Pero también hay que admitir que las políticas a aplicar en la materia muchas veces tienen más que ver con medidas contra el crimen organizado que con el respeto de los derechos intelectuales.

Ya es hora de que a escala mundial, se haga una reflexión de conjunto sobre la problemática de la propiedad intelectual en nuestra sociedad del conocimiento mundializado, incluyendo el papel esencial que puede jugar en ello la transferencia de tecnologías, de modo que las “buenas intenciones” de los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, mencionados en el párrafos anteriores, no queden en letra muerta.

Lo que está en juego es también el futuro de las relaciones internacionales que gobiernan el mundo de este siglo XXI y la instauración de equilibrios, únicos garantes de la estabilidad y la paz.

REFERENCIAS

Anexo 1C al Acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio (OMC), anexados al Acta final que retoma los resultados de las negociaciones comerciales multilaterales de la ronda de Uruguay, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm

FREITAS, Denis de (1992). “Piratería de la propiedad intelectual y medidas necesarias para combatirla”, e. **Boletín de derecho de autor de la UNESCO**, Vol. XXVI, N° 3.

GONZÁLEZ, J.M. (2002). “Copiar o no copiar, ¿he ahí el dilema?”, **Revista TodoLinux**, n°23.

HAEGEN, Vander, Observations sous Comm. Bruxelles (cess), 29 de diciembre de 1947.

JEAN-FRÉDÉRIC, Morin (2007). **Le bilatéralisme américain: la nouvelle frontière du droit international des brevets**, Bruxelles, Larcier.

KAYE, K, (1982) **The mental and social life of babies. How Parents Create Persons**. Chicago: The University of Chicago Press.

LESSIG, Lawrence (2009). “El código 2.0”, Attribution-Share Alike 3.0.

MULARD, Claudine (2009). “**La falsificación de DVD financiaría al terrorismo**”. http://linuxfr.org/users/patrick_g/journaux/contrefa%C3%A7on-de-dvd-et-terrorisme

OCDE. **Magnitude of Counterfeiting and Piracy of Tangible Products: An Update**, November, 2009. <http://www.oecd.org/sti/ind/44088872.pdf>, basado en el estudio OCDE (2008), *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*.

OCDE, **Piracy of Digital Content**, Julio 2009. http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/piracy-of-digital-content_9789264065437-en#page88.

OCDE, **The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy: Executive Summary**, 2007. <http://www.oecd.org/dataoecd/13/12/38707619.pdf>

OCDE, **Les incidences économiques de la contrefaçon (Las incidencias económicas de la falsificación)**, 1998. <http://www.oecd.org/dataoecd/11/12/2090611.pdf>

PANETHIERE, Darrell (2005), “*La Persistencia de la Piratería y sus consecuencias para la creatividad, la cultura y el desarrollo sostenible*”. **Boletín de derecho de autor de la UNESCO**.

REMICHE, Bernard (2002), “**Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets**”, R.I.D.E.

STIGLITZ, Joseph (2005), “**Intellectual Property Rights and Wrongs**”, **Daily Times** http://www.dailytimes.com.pk/default.asp?page=story_16-8-2005_pg5_12.

The Anti-Counterfeiting Trade Agreement - Summary of Key Elements Under Discussion. https://www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/acta/summary.pdf

X. Li (2008), “**WCO SECURE: lessons learnt from the Abortion of the trips-plus-plus IP Enforcement Initiative**”, Centre SUD. http://www.southcentre.org/index.php?option=com_content&view=article&id=952%3Awco-secure-lessons-learnt-from-the-abortion-of-the-trip-plus-plus-ip-enforcement-initiative&catid=47%3Agovernance-and-intellectual-property&Itemid=67&lang=en

Recebido: 19/02/2021

Aprovado: 05/04/2021

RRDDIS



**INOVAÇÃO, DIREITO DIGITAL E
TECNOLOGIA**

PARTE III

RRDDIS

NFT 2.0: BLOCKCHAINS, MERCADO FONOGRÁFICO E DISTRIBUIÇÃO DIRETA DE DIREITOS AUTORAIS

NFT 2.0: Blockchains, phonographic market and direct distribution of copyrights

Alexandre Pessler^{1/2}

RESUMO:

Registros de direitos autorais de forma aberta, em *blockchains* públicas, permitem o mapeamento de recursos culturais abertos e a criação do domínio público positivo, bem como o desenvolvimento de aplicações ou serviços de interesse para criadores e usuários de músicas que permitam a distribuição direta de royalties, como uma base aberta de NFTs, por exemplo.

Um NFT é uma informação registrada em uma *blockchain*. Caso tal informação esteja associada a um emissor que se qualifique como detentor de direitos autorais, este pode oferecer para terceiros condições de utilização de suas obras ou fonogramas que constituam verdadeiras cessões de direitos ou licenças de uso, por meio de contratos eletrônicos (*smart contracts*). Tal estrutura jurídica torna possível, portanto, os “NFT 2.0”, ou seja, a distribuição direta de royalties, utilizando tokens não-fungíveis sobre uma camada de atribuição de direitos com base em *smart contracts*.

ABSTRACT:

Copyright registrations in an open and accessible format, in public blockchains, allow the mapping of open cultural resources and the creation of a positive public domain, as well as the development of applications or services of interest to music creators and users that allow the direct distribution of royalties, such as an open base of NFTs, for example.

An NFT is information registered on a blockchain. If such information is associated with an issuer that qualifies as a copyright holder, it may offer to third parties conditions for the use of its works or phonograms that constitute real assignments of rights or licenses of use, through smart contracts. Such a legal structure makes it possible, therefore, the “NFT 2.0”, that is, the direct distribution of royalties, using non-fungible tokens over a layer of attribution of rights based on smart contracts.

This paper offers a brief description of the legal structure of the music market, with its main assets and forms of contracting, as well as a perfunctory analysis of the blockchain, smart contracts and other technolo-

¹ Doutor em Direito – UFPR (2020). Mestre em Direito – UFSC (2011). Advogado e consultor jurídico com atuação profissional e acadêmica nas áreas de Direitos Autorais, Propriedade Intelectual, Direito Constitucional e Direito Civil. Consultor da UNESCO em gestão coletiva de direitos autorais no ambiente digital. Mediador e Árbitro credenciado pelo Ministério da Cultura para atuar na resolução de conflitos relativos a direitos autorais. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e Industriais (GEDAI/UFPR). E-mail: pessserl@gmail.com.

² Alguns trechos deste texto foram extraídos da tese de doutorado do autor, denominada “**O Direito de Acesso aos Dados sobre Obras e Fonogramas: Blockchain, Distribuição Direta e Domínio Público no ambiente digital**” (UFPR/2020), em especial a conceituação da estrutura jurídica do mercado fonográfico e dos *ledgers* distribuídos, e adaptados para o presente artigo.

O presente artigo oferece breve descrição da estrutura jurídica do mercado musical, com seus principais ativos e formas de contratação, bem como uma análise perfunctória da *blockchain*, dos *smart contracts* e outros conceitos tecnológicos necessários para a tokenização de obras e fonogramas como meio de distribuição direta de royalties, propondo finalmente a adoção de um paradigma de acesso aberto para o tratamento dos dados e informações de obras e fonogramas.

Palavras-chave: direitos autorais; blockchain; nft; smart contracts.

gical concepts necessary for the tokenization of works and phonograms as a means of direct distribution of royalties, finally proposing the adoption of an open access paradigm for the treatment of data and information on works and phonograms.

Keywords: copyright; blockchain; nft; smart contracts.

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** Indústrias musicais. **3.** Estrutura Jurídica do Mercado Musical. **4.** Serviços digitais. **5.** *Value Gap*. **6.** Dataficação. **7.** Autenticação e Confiança. **8.** Edgers Distribuídos. **9.** *Smart Contracts*. **10.** *Blockchains* Abertas e Fechadas. **11.** Tokenização de Obras e Fonogramas. **12.** Dados Abertos. **13.** Conclusões. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2021, a prestigiada casa de leilões Christie's, vendeu uma coleção do artista Beeple intitulada "Everydays: the first 5000 days", contendo cinco mil dias de obras de arte digital certificadas por um NFT, pelo valor recorde de 69 milhões de dólares. Esta foi a primeira casa de leilões tradicional a vender um NFT, e a transação atraiu imediatamente a atenção do mercado artístico global para a novidade.

Um NFT, *Non Fungible Token* ou Token Não Fungível, é um registro único de informação numa *blockchain*. Um bem é considerado fungível se for idêntico e intercambiável – como uma saca de soja, ou uma cédula de dinheiro. A criação do token não fungível, uma espécie de registro único, imprime escassez a determinado artefato digital, e portanto cria valor na circulação de ativos, entre eles os direitos autorais.

Digamos que determinado artista resolva lançar uma edição limitada de 100 NFTs de sua nova obra de arte: ele está gerando escassez daquele produto no ambiente digital, caracterizado pela facilidade de cópia, e atraindo o interesse de fãs, colecionadores e investidores na aquisição daquele produto único. É possível comparar tal procedimento com a impressão de gravuras, por exemplo, no qual artistas plásticos vendem cópias de determinada imagem, porém numeradas e assinadas. Da mesma forma que no ambiente físico, cópias daquela imagem podem circular, mas a titularidade daqueles 100 NFTs será apenas de seus compradores, os quais, assim como compradores das gravuras, poderão controlar seus exemplares, mas não necessariamente o direito autoral das obras ali contidas.

O mercado assimilou a tecnologia com uma rapidez espantosa, com uma súbita oferta de plataformas para a criação de NFTs (por meio de um procedimento denominado *minting*, ou cunhagem) e sua comercialização em *marketplaces* virtuais. O modelo inicial observado na grande maioria das iniciativas até o momento, e que neste artigo denominamos de “NFT 1.0”, é o de compra e venda dos NFTs, os quais passam a ser negociados como cripto ativos, podendo ser reunidos em carteiras e flutuar de valor, de forma especulativa.

Os NFTs passam a ter valor além da mera fetichização do exemplar escasso, típica do mercado de artes plásticas, pois passam também a circular como verdadeiros títulos, adquirindo cartularidade e valor autônomo: determinado artista está valorizado ou em grande evidência, e quem detém ativos daquele autor ou intérprete, materializados em NFTs, pode revendê-los com grandes lucros.

O raciocínio faz sentido, sob a ótica das artes visuais. Tais mercados, assim como o livreiro, usualmente operam por meio de uma lógica editorial: um autor literário, um artista plástico ou um fotógrafo, normalmente contratará um editor para seus livros, imagens, animações ou fotos, o qual será o único responsável pela circulação da obra; um único titular, uma única obra, um único comercializador. Tanto o fã interessado naquela edição única quanto o investidor interessado em especular podem adquirir tais ativos para si, e o artista e seu editor são compensados.

No campo da música, todavia, a lógica não se aplica de forma tão congruente. O processo de criação musical normalmente possui vários atores com funções definidas: teremos um ou mais autores da obra – que é incorpórea, representada pela composição musical e letra. Cada autor, por sua vez, pode ser representado por um editor, responsável pela gestão comercial das obras e que age como mandatário do autor.

O editor, portanto, é quem deve autorizar a fixação da obra para que seja gravada por um intérprete, junto com músicos acompanhantes, tudo sob a responsabilidade econômica de um produtor fonográfico, para a criação de um fonograma: a gravação musical finalizada, que é publicada. Este fonograma será de titularidade originário de um produtor fonográfico. Assim, para a criação de um único fonograma, temos uma multiplicidade de titulares presentes, muitas vezes com interesses antagônicos, exigindo arranjos bastante complexos em termos contratuais ou estatutários.

Neste aspecto, a mera compra e venda de NFTs associados a obras ou fonogramas se mostra não apenas problemática para negociações que envolvem uma multiplicidade de titulares, como deixa de aproveitar o verdadeiro potencial da tecnologia, que é a possibilidade da gestão automatizada de tais obras e fonogramas, utilizando os registros em *blockchains* para a distribuição direta de royalties, cortando intermediários e diminuindo custos de transações para utilizações das obras.

Um NFT é uma informação registrada em uma *blockchain*. Caso tal informação esteja associada a um emissor que se qualifique como detentor de direitos autorais, este pode oferecer para terceiros condições de utilização de suas obras ou fonogramas que constituam verdadeiras cessões de direitos ou licenças de uso, por meio de contratos eletrônicos (*smart contracts*). Tal estrutura jurídica torna possível, portanto, os “NFT 2.0”, ou seja, a distribuição direta de royalties, utilizando tokens não-fungíveis sobre uma camada de atribuição de direitos com base em *smart contracts*.

O presente artigo oferece breve descrição da estrutura jurídica do mercado musical, com seus principais ativos e formas de contratação, bem como uma análise perfunctória da *blockchain*, dos *smart contracts* e

outros conceitos tecnológicos necessários para a tokenização de obras e fonogramas como meio de distribuição direta de royalties, propondo finalmente a adoção de um paradigma de acesso aberto para o tratamento dos dados e informações de obras e fonogramas.

2 INDÚSTRIAS MUSICAIS

De maneira a estabelecer a dinâmica da indústria musical, primeiro é necessário compreender que a “indústria musical” não é um organismo único, mas sim um termo que se refere a diversas atividades proximalmente relacionadas mas que ao mesmo tempo são baseadas em diferentes lógicas e estruturas, muitas vezes com interesses contraditórios.

De modo genérico, a indústria musical é baseada na criação e exploração de direitos de exclusivo sobre músicas. Os compositores e autores criam as obras, letras e arranjos, que são executadas ao vivo, nos palcos; gravadas e distribuídas aos consumidores na forma de fonogramas; ou licenciadas para outros usos, por exemplo, para publicação em partituras ou sincronizada com outras mídias, como publicidade, filmes, games, e outros.

Esta estrutura básica deu origem a três diferentes vertentes da indústria: a indústria da música gravada – focada na gravação e distribuição de fonogramas para consumidores; a indústria de licenciamentos musicais – que cuida especialmente do licenciamento de músicas para empresas e negócios; e a música ao vivo, focada na produção e promoção de entretenimento ao vivo, como shows e turnês. Existem outras empresas também reconhecidas como parte da indústria musical, tais como fabricantes de instrumentos, de software, equipamentos de palco, merchandising, camisetas, etc; mas, ainda que tais setores sejam de importância para o mercado, não são tradicionalmente considerados integrantes do núcleo desta indústria.

Na era pré-Internet, a música gravada era o maior e mais importante eixo dessa indústria, já que também era o que gerava a maior parte da renda. A maioria dos artistas e bandas iniciantes almejava obter contratos

de gravação com selos ou gravadoras de expressão. Um contrato significava que a gravadora financiaria um estúdio profissional de gravação e a estrutura de produção e distribuição do suporte – vinil, K7, CD, etc., e incluiria o artista no seu sistema de distribuição internacional, algo de outra forma inacessível para os artistas.

Tais financiamentos eram outorgados a título de adiantamentos aos artistas, que ficavam em posição de subserviência aos interesses da gravadora, os quais não tinham garantias algumas em relação ao lançamento de suas obras – ou seja, caso a gravadora optasse por não lançar o disco, o artista ficava com a dívida, em muitos casos.

O segundo setor da indústria – licenciamentos musicais – era muito menor e mais mundano. Editores musicais operando neste mercado eram operação *business-to-business*, sem interação direta com o público. Sua responsabilidade principal era garantir que taxas de licenciamentos fossem coletadas quando uma música fosse utilizada em qualquer contexto; por exemplo, peças de teatro, filmes ou autorizações para fixação em fonogramas por terceiros, e que tais taxas fossem distribuídas entre compositores e letristas.

O terceiro setor – música ao vivo – gerava sua renda a partir da venda de ingressos. Ainda que a música ao vivo tenha um longo histórico, ela desempenhou um papel secundário dentro da indústria musical no século XX. A venda de discos era a maior geradora de renda neste período, e as gravadoras consideravam, de forma geral, os shows e turnês como formas de promoção de álbuns de estúdio, não se preocupando muito se as turnês geravam lucro ou não³ – considere-se, por exemplo, a decisão dos Beatles de não fazerem mais shows ao vivo a partir de 1966. Ainda que existissem diversos outros motivos, na época, que contribuíram para tal decisão, isso demonstra o modesto peso econômico relativo dos shows ao vivo neste período.

³ WIKSTRÖM, Patrik. The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: **Change - 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives**. Queensland University of Technology. Disponível em: <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Internet-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

O impacto de curto termo da Internet nas indústrias musicais afetou primordialmente a distribuição da música gravada para os consumidores. Assim, enquanto este setor foi severamente atingido num primeiro momento pela perda do controle da distribuição⁴ e pela queda de vendas, os outros dois setores da indústria foram inicialmente pouco impactados – ao contrário, ambos ganharam em força e proeminência. Existem várias razões pelas quais esta mudança no equilíbrio aconteceu. Um destes motivos é simplesmente o fato de que, à medida que uma das fontes de renda diminuiu, a indústria, como um todo, buscou compensar tais perdas aumentando as atividades de licenciamento e de música ao vivo.

As rendas geradas pelas atividades de licenciamento mais do que dobraram nos últimos 15 anos, devido tanto a práticas de licenciamento mais ativas quanto ao fato de que as indústrias de mídia evoluíram de modos similares à indústria musical: hoje existem mais canais de TV, de rádio, videogames, websites, filmes ou outros outlets musicais do que há duas décadas, e a maioria de tais canais necessita de música como conteúdo primário ou secundário.

A mudança também se deve ao mercado publicitário necessitar de mais subsídios para vender conceitos, ideias, bens e serviços. O aumento da verba de marketing e comunicação fez com que este mercado dominasse também as ofertas para licenças de músicas. Os editores musicais também foram mais ágeis do que as gravadoras ao atender a demanda dos novos outlets de mídia, ao se esforçar para se tornar *one-stop-shops* para a música, prestando serviços mediante os quais os outlets de música podem liberar todas suas licenças musicais com um único contrato. Tal fato pode soar óbvio, mas na indústria musical tradicional este não foi sempre o caso.

⁴ Subsistindo a polêmica em relação aos efeitos financeiros diretos das trocas P2P, já que os cálculos da indústria são notórios por incluir falácias como contabilizar um arquivo baixado pela rede como uma venda não efetuada. Ver OBERHOLZER-GEE, Felix and STRUMPF, Koleman S. The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis. **Journal of Political Economy**, Vol. 115, pp. 1-42. 2007. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=961830>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Normalmente, se observava a existência de um determinado titular – ou mais de um – em relação aos direitos de autor da composição (melodia e letra), e outro em relação ao fonograma, normalmente o produtor fonográfico, responsável também pelo exercício dos direitos conexos.

Os editores, de forma progressiva, buscam controlar tanto os fonogramas ou determinados direitos destes quanto os direitos de autor, tornando o processo de licenciamento mais eficiente – ou vice-versa: o produtor fonográfico pode também acumular a função de editoria. Este setor da indústria, licenciamentos, foi o que observou o maior crescimento, evoluindo para despontar como o mais lucrativa, inovador e ágil dos três.

Ainda que este setor apresente a maior lucratividade, a música ao vivo, no período pré-pandêmico, representava o maior volume de renda dentro da indústria. Os motivos são simples, já que é um campo de atividades de muito mais fácil controle do que a música gravada. Uma banda que esteja em evidência pode aumentar sua renda ao aumentar o número de performances e cobrar mais caro pelos ingressos. Não surpreende, portanto, que a última década tenha presenciado a emergência de turnês de shows cada vez maiores, mais produzidos e mais caros das grandes estrelas mundiais, como Pink Floyd, U2, Paul McCartney ou os Rolling Stones. Entretanto, também foi o setor que com maior força sentiu os impactos da pandemia global.

3 ESTRUTURA JURÍDICA DO MERCADO MUSICAL

A partir dos avanços técnicos que permitiram a fixação de sons, se observa portanto o surgimento de uma indústria musical baseada no controle de dois ativos econômicos: as editoras musicais controlando as obras ou composições, e os produtores fonográficos – gravadoras – como titulares dos fonogramas (gravações).

Autores são titulares originários de obras: composições e suas letras, sendo usualmente representados por editores. Produtores fonográficos são titulares originários de fonogramas, os quais necessitam obter permissões tanto dos autores, para fixação da obra, quanto dos intérpretes e músicos executantes, para fixação de suas performances.

Os principais contratos praticados neste mercado são a licença de uso, a edição e a distribuição musical, bem como as cessões de direitos, estas permitidas por expressa disposição legal no Art. 49 da LDA⁵.

A legislação brasileira estabelece duas classes de titulares individuais⁶, originários ou derivados. Existem ainda categorias de titularidade aplicada aos detentores dos direitos conexos e sobre as bases de dados compiladas. O exercício da titularidade de forma individual pode ser positivo, nos casos de licenças e cessões de direitos, ou negativo, quando se busca impedir terceiros de infringirem tais direitos.

Como é a regra em se tratando do histórico dos direitos autorais, a evolução técnica determinou o surgimento de novos modelos de proteção. Com o fonógrafo, surgiram as gravadoras musicais, portanto, com a função equivalente das editoras de livro: enquanto que as editoras de livro têm a função, de uma maneira geral, de reproduzir e publicar obras escritas, as gravadoras têm a função, de uma maneira geral, de reproduzir e publicar obras faladas e cantadas. Contudo, até então, as músicas eram publicadas através das partituras, por editoras que já existiam como setor econômico há mais de 300 anos. As músicas e seus compositores, quando surgiu a possibilidade de fixar o som, já estavam contratados com as editoras musicais, que eram idênticas às editoras de livro.

Na prática, esta relação editorial, que deveria ser de mera representação, tendo o autor o pleno poder de decisão, transforma-se em transferência de titularidade, através de verdadeiros contratos de cessão com nome jurídico de edição, com o pagamento condicionado ao aproveitamento da obra. Eduardo Ferreira Gomes oferece contundente crítica a tais modelos

⁵ Para uma análise criteriosa do processo jurídico-legislativo que determinou a inclusão do mecanismo de cessão de direitos na LDA, ver GIORGETTI VALENTE, Mariana. **Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil: os anos 1989-1998** / Mariana Giorgetti Valente; orientador José Eduardo Campos de Oliveira Faria – São Paulo, 2018. item 4.3; e GOMES, Eduardo José dos Santos de Ferreira. **Vedação à Cessão de Direitos Autorais: Uma Abordagem Constitucionalista**. p. 297 e seguintes. Salvador / Lisboa: UFBA, 2018

⁶ No caso da obra coletiva, a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto cabe ao organizador, assegurada a proteção às participações individuais, cf. LDA Art. 17 c/c § 2º.

contratuais praticados, especialmente pelos grandes grupos de mídia, que estabelecem muitas vezes condições abusivas para autores e intérpretes⁷.

Tal mercado, desde sua aceção, foi marcado pelo controle da oferta: as gravadoras estabeleciam quais os artistas que brilhariam e quais permaneceriam na obscuridade. Durante a maior parte do século XX, a gravação foi fundamental para a indústria musical. Impulsionado por um alto volume de vendas ao consumidor de “portadores de som” – LPs, cassetes, CDs – o setor de música gravada se tornou um centro em torno do qual girava em torno de publicações, performances ao vivo, produção de estúdio, gestão artística, promoção de rádio, marketing de imagens de estrelas e vendas de mercadoria.

Em relação o modelo de negócios aplicado, o contrato de gravação “*business model*” dominou. Isso implicava um investimento econômico recuperável em músicos – *advances* – com lucros derivados de vendas físicas e o licenciamento de gravações de som e músicas publicadas, e artistas pagos por royalties percentuais. A gravação e a publicação operavam dentro de uma estrutura econômica de *blockbuster*, em que alguns artistas famosos eram responsáveis pela maior parte da receita e a maioria dos músicos não alcançava aclamação da crítica nem recompensa comercial⁸.

A renda derivada da música pode ser de matriz contratual, usualmente no exercício dos direitos de reprodução e distribuição, ou extracontratual, como na maioria das hipóteses de comunicação ao público. Da mesma forma, cada uso é autônomo em relação aos demais, e, numa mesma transação, podem se verificar diversos direitos presentes.

Assim, um autor que autoriza a inclusão de sua obra musical numa obra audiovisual, no chamado “direito de sincronização”, por exemplo, supostamente receberá uma remuneração de ordem contratual pela licença de reprodução (inclusão da obra), e outra remuneração, de ordem extracontratual, pela comunicação ao público da obra quando o audiovi-

⁷ GOMES, Eduardo José dos Santos de Ferreira. **Vedação à Cessão de Direitos Autorais: Uma Abordagem Constitucionalista**. p. 317-318. Salvador / Lisboa: UFBA, 2018

⁸ ELBERSE, A. **Blockbusters: Why Big Hits –and Big Risks –are the Future of the Entertainment Business**. London: Faber and Faber. 2013.

sual for veiculado. Essa remuneração extracontratual normalmente fica a cargo das entidades de gestão coletiva.

A gestão coletiva é a forma pela qual os criadores e titulares de direito se organizam a fim de se fazer representar perante os usuários de sua criação e/ou patrimônio, órgãos governamentais e não governamentais, instituições de mesma natureza e também a sociedade, manifesta no Brasil por meio do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos (ECAD) e pelas associações de titulares que o compõe.

As gravadoras assumiram assim o papel de produzir e comercializar o fonograma – fixar o som, promover, publicar e distribuir o disco. A seu turno, as editoras musicais se qualificaram na gestão dos direitos patrimoniais do autor, com exceção, apenas, de arrecadar o aproveitamento econômico proveniente da execução pública de músicas, que compete, por força de lei, ao ECAD, ou sistemas congêneres em outros países.

Quando um produtor fonográfico gera um fonograma, ele deve realizar seu cadastro junto à sua associação arrecadadora de direitos, mediante a geração de um código ISO específico desta indústria – o ISRC, *International Standard Recording Code*, utilizado como referência na distribuição de direitos. O ISRC é um código alfanumérico associado a uma planilha, a qual discrimina quais os titulares, e em qual proporção, dos fonogramas. Tipicamente, no Brasil, a divisão a ser aplicada é de 41,7% para o produtor fonográfico, 41,7% para o intérprete (o artista, banda, ou coletivo, que assina a música) e 16,6% para os músicos executantes e demais participantes, como arranjadores, e essas informações serão utilizadas para pagamentos diretos aos diversos titulares, de acordo com os termos do regulamento de distribuição do ECAD. Da mesma forma, é função das editoras realizar o cadastro das obras junto ao ECAD, na mesma lógica de arrecadação e distribuição coletiva.

4 SERVIÇOS DIGITAIS

O surgimento das tecnologias de distribuição online efetivamente pegou a indústria musical despreparada para a venda direta ao público.

A indústria musical estava então organizada em um modelo de autores sob contrato com editoras, que autorizavam sua fixação por selos ou gravadoras, os quais contratavam os intérpretes e distribuíam seus produtos para redes de varejo. O download eliminava os varejistas, entregando o produto direto nas mãos dos consumidores e rompendo a cadeia de distribuição tradicional existente com produtos físicos, como CDs e cassetes. O problema era claro, mas uma solução requereria uma alteração no paradigma da indústria, com mudanças em contratos de licenciamento, implementações tecnológicas, planejamento de marketing e a entrega ao consumidor por um preço que atraísse consumidores a pagarem por algo que podia ser obtido gratuitamente⁹.

A confusão conceitual sobre o enquadramento do direito de *make available*¹⁰ em reprodução, distribuição ou comunicação ao público também contribuiu para a nebulosidade na definição de responsabilidades num mercado já bastante opaco. As fronteiras entre os três setores mencionados acima – música gravada, como serviço e ao vivo – também não são mais tão claras, já que os conglomerados operam como estruturas gerais associadas em redes de prestação de serviços aos artistas e compositores, dando suporte para suas atividades em todos os setores, sejam elas shows ao vivo, merchandising, licenciamentos, ou distribuição e promoção de músicas gravadas para os consumidores.

Mas a realidade do compartilhamento de arquivos na Internet, oferecendo pela primeira vez aos usuários o acesso ao catálogo completo, provocou uma resposta amarga e infrutífera de seus atores, baseada na perseguição aos fãs e consumidores de música, a qual em última análise determinou

⁹ NASH, Ed. How Steve Jobs Saved the Music Industry. **The Wall Street Journal**. 21/10/11. Disponível em 01 ago. 14 em: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052970204002304576629463753783594>

¹⁰ O direito de *make available* foi introduzido pelos Tratados de Internet da OMPI, mas sua introjeção nos sistemas internos foi deixada a cargo de cada Estado-membro, com a prerrogativa de adequação aos seus próprios institutos, já que a criação de um novo tipo jurídico implicaria na alteração da própria Convenção de Berna, considerada indesejável por seu alto grau de complexidade. O resultado é uma lacuna na sua classificação jurídica, ora defendida como direito de reprodução ora como de representação. Mais que mera tecnicidade, caso o *make available* seja entendido como direito de representação, por exemplo, em tese tal interpretação permite a cobrança pelos sistemas de gestão coletiva, com diversas ramificações em relação às hipóteses de usos das obras.

que as empresas de tecnologia salvassem essa indústria mediante a criação de mecanismos de rentabilização *online* das gravações. As receitas digitais já representam mais da metade do mercado de música gravada nos maiores mercados globais¹¹, e todos querem se sentar à esta mesa.

Hoje se verifica uma inversão completa no paradigma de controle da oferta: com a queda dos custos de produção de matrizes digitais, a disponibilidade de conteúdo de qualidade aliado a uma estrutura de distribuição cujo custo virtualmente tende a zero disparou. As gravações continuam a ser feitas. Mas o período de domínio sustentado pelo setor fonográfico acabou. O catalisador mais significativo da indústria da música pós-gravação foi a introdução e adoção rápida da circulação da Internet e da tecnologia digital como meio de criar e curar, compartilhar e vender, agrupar e licenciar o acesso à música gravada.

As mudanças na economia digital estão afetando as práticas e as circunstâncias econômicas dos músicos. Tais questões são relevantes devido à maneira como os conglomerados digitais estão aumentando sua influência sobre a produção cultural e a circulação ampla de informações e conhecimento.

O impacto da digitalização na música foi e continua a ser debatido, menos como uma ruptura radical com o passado, e mais como uma continuidade histórica. As principais corporações de música gravada inicialmente se encontravam vacilantes e em conflito com os serviços que ofereciam a ouvintes a perspectiva de download e compartilhamento *peer-to-peer*, lentas para reconhecer a importância das intervenções de tecnologias e novos agrupamentos ocupacionais, relutantes em compreender o uso de gravações por fãs e ouvintes casuais e assustadas com o “desrespeito” aos direitos autorais entre músicos de *sampling*¹².

As *labels* replicaram um padrão corporativo de inércia estrutural e organizacional, dependência do caminho institucional e superestimação

¹¹ IFPI Global Music Report 2019. Disponível em: <https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹² ELBERSE, A. **Blockbusters: Why Big Hits –and Big Risks –are the Future of the Entertainment Business**. London: Faber and Faber. 2013.

de seu poder – características identificadas em muitas outras indústrias e setores que enfrentam mudanças sociais e tecnológicas¹³.

Eventualmente, as principais gravadoras começaram a se descrever como “indústrias musicais”, reduziram sua dependência dos fonogramas reestruturando contratos como direitos múltiplos (360 graus) e procuraram recuperar o investimento de toda a gama de atividades, formas de arte e fontes de receita de um músico¹⁴. Também negociaram acordos de licenciamento preferencial e adquiriram participação acionária em uma série de empresas e plataformas que oferecem acesso por *streaming* à música¹⁵.

Os novos conglomerados digitais, como o YouTube, desenvolveram um modelo de cobrança pelo acesso a uma plataforma delimitada para diversos tipos de conteúdo empacotado, gerando receita com a publicidade que intervém nesse conteúdo; o valor de um músico e, portanto, sua receita virá de como eles atraem publicidade. Este é um contraste gritante com as suposições do músico e da indústria fonográfica sobre a música ser medida de acordo com as vendas e direitos que reconhecem as criações individuais dos músicos¹⁶.

Em termos globais, o lançamento da iTunes Store em 2003 foi a primeira resposta em grande escala ao problema da migração da música para o ambiente digital – e é sintomático que a iniciativa tenha partido da Apple, uma das gigantes do setor de informática, e não da própria indústria musical. Em menos de dez anos, o iTunes efetivamente impôs determinadas práticas de mercado que se tornaram padrões, tais como o

¹³ DOLATA, U. **The Music Industry and the Internet**: A Decade of Disruptive and Uncontrolled Sectoral Change, SOI Discussion Paper 2011-02, University of Stuttgart, Department of Organizational Sociology and Innovation Studies, Institute for Social Sciences.

¹⁴ GERVAIS, D. MARCUSO, K. KILGORE, L. The Rise of 360 Deals in the Music Industry Landslide 3 (4) pp 1-6. 2011

¹⁵ SEABROOK, J. Revenue Streams: Is Spotify the music industry's friend or its foe?. **The New Yorker**, 24/11/2014. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2014/11/24/revenue-streams>. Disponível em: 01 ago. 2020.

¹⁶ NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. **Media, Culture and Society**, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.

repassa de 70% de cada venda, a existência de relatórios detalhados sobre a quantidade de músicas vendidas e a habilidade de se vender música inter-plataformas, para computadores, smartphones ou outras *appliances*. O iTunes criou a primeira loja legítima a competir efetivamente com a pirataria e os serviços *peer-to-peer*, ao estabelecer medidas como um preço padrão, 99 centavos de dólar, e permitir o download de qualquer música como um single, ao invés do modelo de álbum tradicional¹⁷.

O serviço representou uma alteração radical para a indústria musical. Foi o primeiro varejista online capaz de oferecer os catálogos musicais de todas as majors; adotou um modelo de precificação inédito; e permitiu aos consumidores “desfazerem” (*unbundle*) os álbuns e adquirirem apenas as músicas efetivamente desejadas. Por outro lado, pode ser considerada uma inovação extremamente cuidadosa e incremental, na medida em que as posições e estruturas de poder das majors permaneceram ile-sas. Os titulares de direitos permaneceram no controle de seus exclusivos e as estruturas que comandavam os royalties pagos por faixa vendida eram predizíveis e transparentes, confirmando o acerto da Apple na sua predição do comportamento dos consumidores.

A iTunes Store também resolveu problemas de giro de caixa de gravadoras ou selos menores, com pagamentos regulares, eliminando problemas com perdas de estoques ou inadimplência de varejistas. Por outro lado, o que se observou no modelo do *download* foi uma vasta concentração de poder nas mãos de uma única entidade, a qual efetivamente dita-va os termos de negociação: o titular de direitos efetivamente abre mão de controle sobre questões como empacotamento e merchandising, entre outras; e a falta de diversidade de opções de distribuidores causa gargalos na cadeia de distribuição, de tal forma que os intermediários acabam por controlar totalmente a indústria¹⁸.

¹⁷ PHAM, Alex; PEOPLES, Glenn. **Seven Ways iTunes Changed the Music Industry**. Disponível em: <http://www.billboard.com/biz/articles/news/1559622/seven-ways-itunes-changed-the-music-industry>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹⁸ FARREL, Nick. **iTunes threatens music industry more than piracy**. Disponível em: <http://news.techeye.net/internet/itunes-threatens-music-industry-more-than-piracy>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Porém, uma década após, a indústria musical sofreu outra transformação ainda mais radical, à medida que os ouvintes deixam de comprar CDs ou downloads para aderir a serviços de *streaming* como o Spotify, Pandora e YouTube.

Tais serviços não oferecem faixas individuais para compra por um preço fixo, mas oferecem ao usuário o acesso a uma ampla biblioteca musical, normalmente mediante uma assinatura mensal que permite a audição de quantas faixas o cliente desejar, com a frequência que ele queira. Estes serviços musicais baseados no acesso tiveram sucesso em convencer tanto as gravadoras a licenciar seus catálogos quanto em convencer os usuários de que é possível desfrutar da música sem comprar cópias das faixas ou álbuns.

Possivelmente o serviço que atraiu a maior atenção internacional foi o Spotify, fundado em 2006. Em 2008, depois de muita negociação, assinaram contratos com os principais titulares de direitos para distribuição musical em alguns países europeus. Para tanto, foram obrigados a, em primeiro lugar, oferecer ações da companhia aos titulares (leia-se *majors*), que se tornaram sócios da empreitada. E, em segundo, a alterar o seu modelo de negócios.

Em vez de oferecer um serviço baseado unicamente na exploração de anúncios, também desenvolveram uma versão mais avançada do serviço, baseada em taxas de assinatura. Este modelo com dois ou mais diferentes versões do serviço, no qual a mais básica é gratuita e versões mais avançadas são oferecidas por assinatura é normalmente conhecido como *freemium*, uma junção das palavras *free* e *premium*. Com frequência, as margens de lucro na versão gratuita é muito pequena, ou mesmo negativa, e se espera que as taxas de assinatura gerem renda suficiente para tornar o serviço lucrativo.

A lógica do modelo *freemium* é que os usuários utilizarão o serviço gratuito e que, à medida que se familiarizam com o negócio, farão investimentos emocionais e comportamentais que justificarão a mudança para os serviços pagos. O objetivo é converter tantos usuários gratuitos para a versão paga quantos possíveis. Para atingir tal objetivo, a versão gratui-

ta possui determinadas características irritantes, como anúncios, ou não apresenta determinadas características como a possibilidade de utilizar o serviço em determinados aparelhos.

O Spotify apresenta uma “taxa de conversão” de aproximadamente 20%, ou seja, vinte por cento da base de usuários está utilizando a versão premium e paga taxas de assinaturas mensais¹⁹. O serviço afirma que retém 30% dos valores recebidos tanto das assinaturas quanto dos anúncios e repassa os demais 70% aos titulares, de acordo com a popularidade das músicas. O selo ou a editora então dividem tais royalties com os artistas, com base em acordos individuais.

O Spotify tem sido alvo de muitas críticas, em parte pela falta de evidências de sustentabilidade do modelo *freemium*, mas principalmente pelo modo como as receitas têm sido divididas com os titulares ao longo da cadeia. As empresas de música tem utilizado por décadas modelos de royalties nos quais o licenciado paga uma quantia fixa por faixa vendida, tocada ou utilizada. Este modelo é de difícil aplicação num serviço baseado no acesso, já que a renda não é gerada pelo número de acessos mas pelo número de usuários do serviço. Os provedores deste tipo de serviço argumentam que, em vez de pagar uma taxa fixa por faixas ouvidas, eles deveriam simplesmente dividir a renda com os titulares – o que transfere a estes boa parte do risco do negócio²⁰.

5 VALUE GAP

Não há simplesmente uma lógica comercial em jogo aqui, mas uma mediação ética do mercado por meio de uma economia moral de valor

¹⁹ WIKSTRÖM, Patrik. The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: **Change – 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives**. Queensland University of Technology. Disponível em 01/08/14 em <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Internet-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf>

²⁰ SPOTIFY. **How we pay royalties: an overview**. Disponível em: <http://www.spotifyartists.com/spotify-explained/#how-we-pay-royalties-overview>. Acesso em: 15 jan. 2020.

artístico. A ideia de que as transações econômicas são mediadas pela ética pode ser rastreada até debates sobre “economia moral” durante o século XVIII, um conceito implantado por Thompson ao narrar uma história de como trabalhadores e consumidores afirmaram seu direito de intervir na fixação dos preços, evocado em seus estudos de motins sobre o preço do milho no final do século XVIII.

Thompson usou o termo especificamente para se referir a confrontos no mercado sobre o acesso, ou direito, às “necessidades” – alimentos essenciais, embora ele reconhecesse que o conceito poderia ser desenvolvido e aplicado em outras circunstâncias. O autor identificou o mercado como o ponto em que a exploração pode ser identificada e quando a oposição pode ser expressa, observando que muitas vezes o discurso sobre o mercado transmite o sentido de “algo definido”, quando mais frequentemente é uma metáfora do processo econômico, ou uma idealização ou abstração desse processo²¹.

A valorização do esforço não mercantil, informado por uma estética romântica, legado da resposta artística ao capitalismo industrial, tem sido uma sensibilidade duradoura entre os músicos populares ao longo da era da música gravada. Os experimentos e inovações estéticas radicais do jazz, rock e rap não foram simplesmente contrários a uma lógica comercial ou capitalista, mas são frequentemente constitutivos do mercado²².

A questão foi articulada na ideia de uma “lacuna de valor”, *value gap*. A indústria fonográfica e seus artistas argumentaram que havia um desequilíbrio injusto entre os lucros obtidos e as receitas repassadas para músicos e gravadoras. O deficit – a lacuna – resultou na redução da receita disponível para reinvestimento em novos artistas pelas gravadoras; um risco que os usuários de conteúdo não enfrentavam²³.

²¹ THOMPSON, John B. **Mídia e modernidade**: uma teoria social da mídia. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998

²² FRITH, S. **Music for Pleasure**: Essays in the Sociology of Pop. Cambridge: Polity Press, 1998.

²³ DREDGE, S. Why is the music industry battling YouTube and what happens next?. **Guardian**, 20/05/2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/20/music-industry-battling-google-youtube-what-happens-next>. Acesso em: 01 ago. 2020.

Um aspecto da disputa envolvia a reclamação de que uma música transmitida não é adequadamente recompensada financeiramente. A mesma reclamação básica foi levantada em outras plataformas de *streaming*, mais notavelmente o Spotify, por meio das quais músicos e gravadoras familiarizados com receitas de vendas de exemplares e radiodifusão ficaram horrorizados com o tamanho relativamente pequeno dos pagamentos quando expressos como uma porcentagem de retorno contra transmissões individuais²⁴.

A disputa do *value gap*, essa suposta incompatibilidade entre o valor que os intermediários extraem da música e o valor que é devolvido aos titulares dos direitos, é uma ilustração das maneiras pelas quais o criativo é estimado social e economicamente. Diz respeito ao valor social e artístico da música, como isso deve ser reconhecido e recompensado, e como a música deve circular nas redes digitais que aparentemente permitem o fluxo “livre” de ideias e informações. Essas lutas éticas sustentam e informam os argumentos sobre como a música deve ser distribuída – vendida, acessada por meio de assinatura, agrupada com outros serviços e produtos ou oferecida “gratuitamente” – e o tipo de pagamento e o preço dessa forma de distribuição: uma licença ou royalties para um stream ou venda de download, ou um percentual na receita de publicidade²⁵.

6 DATAFICAÇÃO

No entanto, no momento em que a música se torna menos significativa como uma arte dentro do contexto mais amplo da economia de *apps* e conteúdo, seu próprio uso como informação significa que ela começa a ganhar importância dentro do capitalismo de dados. Os conglomerados digitais exploram as músicas gravadas como parte da produção, análise, embalagem e venda de dados, e na gestão de dados para terceiros (gravadoras, editoras etc.). As informações derivadas da circulação e do

²⁴ MARSHALL, L. Let's keep music special. F-Spotify: on-demand streaming and the controversy over artist royalties. **Creative Industries Journal**8 (2): 177-189. 2015.

²⁵ NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. **Media, Culture and Society**, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.

uso da música são integradas a um sistema dentro do qual os conglomerados digitais usam *big data* para compreender, controlar e antecipar o comportamento por meio de formas de “positivismo digital”²⁶.

Utilizações digitais de música podem fornecer ao menos três tipos distintos de dados. Em primeiro lugar, são dados sobre as características dos ouvintes identificados por critérios como localização, horário de acesso à música, ouvintes repetidos da mesma faixa ou artista, ajuste de volume, gama de preferência musical (ecclética, restrita, artistas novos ou antigos) e todos os tipos de padrões relacionados de hardware, software e atividade na Internet. O envolvimento do ouvinte com gêneros, artistas ou canções específicos pode ser correlacionado com eventos significativos, notícias polêmicas, campanhas de marketing ou atividades promocionais e de promoção de um artista.

Segundo, o consumo de música digital oferece a oportunidade de análise semântica de conversas online sobre música. Isso envolve a coleta e análise de palavras usadas e descrições sobre músicos e bandas em artigos, resenhas, blogs, fóruns e nas redes sociais plataformas de mídia. Isso é peneirado e pode ser reduzido a palavras-chave recorrentes e dissecado para construir redes ou teias de conexões entre artistas, entre canções e entre ouvintes em diferentes lugares, com a consequente possibilidade de inferência sobre tendências de mercado.

A pesquisa de dados semânticos também inclui a coleta e análise da compilação de playlists pelos usuários e a exploração dos vínculos que os ouvintes fazem entre música e atividade, como limpeza, trabalho escolar, dias chuvosos, tarde da noite, corrida, deslocamento diário. Em terceiro lugar, é a análise do conteúdo sonoro de música digital em que canções ou faixas individuais podem ser analisadas e comparadas quanto a traços óbvios, como melodia, harmonia, ritmo e altura, junto com os instrumentos usados, gênero do vocalista e características estilísticas, como dançabilidade ou uso de distorção²⁷.

²⁶ MOSCO, V. *To The Cloud: Big Data in a Turbulent World*, **Paradigm Publishers**, Boulder Colorado. 2014.

²⁷ PREY, R. *Musica Analytica: The Datafication of Listening*. In NOWAK, R., WHELAN, A. (org) **Networked Music Cultures**, London: Palgrave pp 31-48. 2016.

Devido à quantidade de dados sendo produzidos, a estruturação de vários negócios, alianças e empreendimentos colaborativos entre empresas no setor de grande tecnologia, esses dados podem então ser combinados ou cruzados e migrados para outros conjuntos de dados. Isso pode, então, levar à “função *creep*”, em que dados e tecnologia que são desenvolvidos para um uso aparente são implantados mais amplamente com outros dados, uma prática que tem causado preocupação em discussões sobre vigilância governamental, privacidade e direitos humanos²⁸.

A indústria da música *post-recording* oferece uma abundância de dados que são explorados por conglomerados digitais e infomediários. A disputa sobre se a receita é extraída de forma mais justa da publicidade ou da aplicação de direitos autorais é apenas uma briga dentro de um conjunto mais amplo de tensões sobre o valor da música gravada, as características que a tornam valiosa e a forma como o valor deve ser reconhecido, tanto cultural quanto economicamente²⁹.

Os benefícios advindos desse tratamento massivo de dados não são, entretanto, devidamente compartilhados com os seus criadores, devido aos problemas de documentação e registro que dissociam tais pessoas de suas obras.

7 AUTENTICAÇÃO E CONFIANÇA

A existência de uma infraestrutura de autenticação permite o estabelecimento de níveis de confiabilidade para trocas de dados sensíveis ou pessoais; permite um maior controle por parte do cidadão sobre como a informação sobre ele é utilizada, diminui custos de transação e aumenta as possibilidades econômicas. Todo o sistema se beneficia do aumento da confiança em saber com quem se está transacionando.

²⁸ BERNAL, P. Data gathering, surveillance and human rights: recasting the debate. **Journal of Cyber Policy**1 (2) 243-264. 2016.

²⁹ NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. **Media, Culture and Society**, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.

O primeiro modelo implementado para certificação na Internet foi o modelo de chaves criptográficas, pares público/privado. Na criptografia de chave pública, cada usuário gera duas chaves, que são longas cadeias matemáticas. Esta sequência de números é usada para embaralhar (*scramble*) as informações, que somente poderão ser rearranjadas em sua posição inicial pela outra chave. O usuário emite uma chave pública, que é utilizada por seu interlocutor, e mantém uma chave privada. Se é possível abrir com uma chave, ela só pode ter sido fechada pela outra.

Um certificado de chave pública, também conhecido como certificado digital ou certificado de identidade, é um documento eletrônico usado para provar a propriedade de uma chave pública. O certificado inclui informações sobre a chave, informações sobre a identidade de seu titular e a assinatura digital de uma entidade que verificou o conteúdo do certificado (chamada de emissor). Se a assinatura for válida e o software que examina o certificado confiar no emissor, ele pode usar essa chave para se comunicar com segurança com o titular do certificado, o qual poderá abrir a mensagem com sua chave privada³⁰.

Mas permanecia o problema dos registros das transações. Tais registros normalmente permanecem sob a guarda de um terceiro de boa-fé, o qual, em sentido amplo, pode ser um agente estatal, bancário, paraestatal ou privado. A função exercida pelo intermediário é a de atuar como um livro-razão, ou *ledger*, um registro público, confiável e imparcial das transações verificadas. As iniciativas de certificação estavam limitadas, na rede, à assinatura de documentos digitais. O cartório poderia expedir uma certidão totalmente digital em relação ao conteúdo de seus arquivos, e certificar que aquilo era verdadeiro; mas a garantia continuava a ser o cartorário. Não havia como superar o intermediário.

O comércio na Internet passou a depender quase exclusivamente de instituições financeiras que atuam como terceiros de confiança para processar pagamentos eletrônicos. Embora o sistema funcione bem o suficiente para a maioria das transações, ele ainda sofre das fraquezas ine-

³⁰ Esse modelo foi amplamente aceito em nível global, com adoção e criação de serviços de autenticação por entidades privadas e governos – no caso brasileiro, a Infraestrutura de Chaves Públicas, ICP-Brasil. A questão do consentimento estava resolvida.

rentes do modelo baseado em confiança. Transações totalmente irreversíveis não são realmente possíveis, uma vez que as instituições financeiras não podem evitar a mediação de disputas. O custo da mediação aumenta os custos de transação, limitando o tamanho mínimo da transação prática e cortando a possibilidade de pequenas transações casuais, e há um custo mais amplo na perda da capacidade de fazer pagamentos não reversíveis para serviços não reversíveis.

Com a possibilidade de reversão, a necessidade de confiança aumenta. Os comerciantes devem ser cautelosos com seus clientes, demandando mais informações do que de outra forma precisariam. Uma certa porcentagem de fraude é aceita como inevitável. Esses custos e incertezas de pagamento podem ser evitados pessoalmente usando moeda física, mas não existe nenhum mecanismo para fazer pagamentos por meio de um canal de comunicação sem uma parte confiável.

8 LEDGERS DISTRIBUÍDOS

Hitoshi Sakamoto, a misteriosa pessoa ou grupo por trás do conceito da *Bitcoin*³¹, afirmou que era necessário um sistema de pagamento eletrônico baseado em prova criptográfica em vez de confiança, permitindo que quaisquer duas partes interessadas negociem diretamente uma com a outra sem a necessidade de um terceiro de confiança. As transações cuja reversão sejam computacionalmente impraticáveis protegeriam os vendedores de fraudes, e mecanismos de garantia poderiam ser facilmente implementados para proteger os compradores.

A solução proposta foi um servidor de *timestamp*³², distribuído ponto a ponto³³, para gerar uma prova computacional da ordem cronológica das transações³⁴: uma *blockchain*, um ledger digital descentralizado, dis-

³¹ *Bitcoin* é o termo usado para se referir à moeda virtual. *Blockchain* é a tecnologia subjacente, aqui descrita.

³² Um carimbo data/hora.

³³ Sem um servidor central.

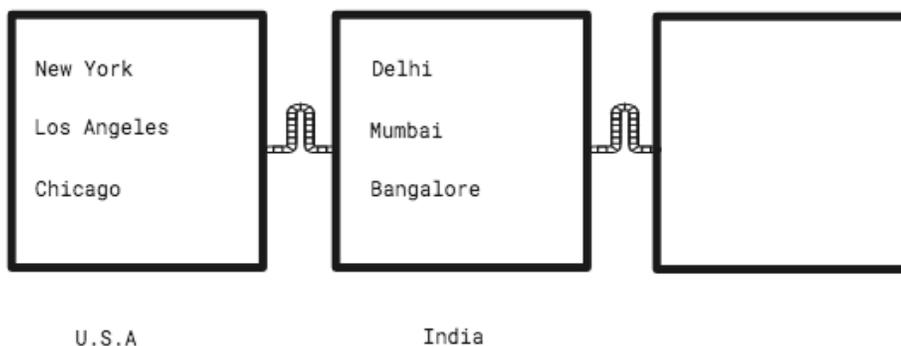
³⁴ NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin**: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.

tribuído e, muitas vezes, público, que consiste em registros – chamados de blocos – usados para registrar transações em muitos computadores, de forma que nenhum bloco envolvido possa ser alterado retroativamente, sem a alteração de todos os blocos subsequentes³⁵.

As transações são processadas em bloco. O argumento inicial de cada bloco é o *hash* anterior. O *hash* é uma prova matemática, como se fosse feita uma fotografia daquela cadeia de informações e aplicada uma fórmula que resulta em um valor determinado; e cada bloco gera seu novo hash ao se incorporar à cadeia. Como a cadeia é redundante, isto é, presente em diversos computadores ao mesmo tempo, se torna matematicamente inviável alterar o conteúdo dos blocos já processados sem alterar toda a sua estrutura, já que a alteração de qualquer elemento vai resultar num hash diferente³⁶.

Por exemplo, considere os seguintes blocos. Cada um representa um país; e cada um deles contém os nomes das cidades do respectivo país:

Figura 01. Blocos de Hash / 01



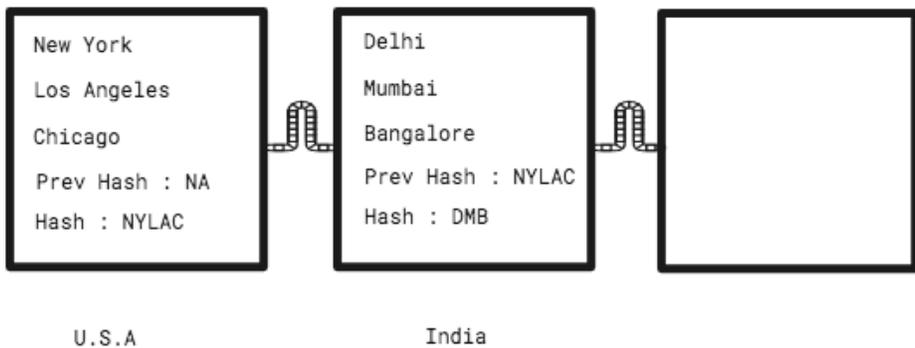
Fonte: Medium.com

³⁵ ARMSTRONG, Stephen. Move over Bitcoin, the blockchain is only just getting started. **Wired**. 07/11/2016. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20161108130946/http://www.wired.co.uk/article/unlock-the-blockchain> em 01/08/2020

³⁶ ANTONOPOULOS, Andreas. **Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies**. O'Reilly Media: 2014.

Cada um desses blocos tem um *hash*, um conjunto de caracteres que referencia seu conteúdo, e lhe confere autenticidade, confiabilidade, integridade – serve para garantir o conteúdo contra alterações. Hashs distintos, conteúdos distintos³⁷. O *hash* é derivado das informações contidas no bloco. O bloco dos EUA inclui as cidades de Nova York, Los Angeles e Chicago. Então, o *hash* seria algo como “NYLAC” (tecnicamente não é o caso, mas essa é a ideia):

Figura 02. Blocos de Hash / 02



Fonte: *Medium.com*

Cada bloco sucessivo conterá o hash do bloco anterior. É isso que os une e cria as chamadas árvores de *hash*, ou *hash trees*. Se alguém alterar o primeiro bloco para adicionar a cidade de Boston, o novo *hash* daquele bloco torna-se “NYLACB”. No entanto, o bloco seguinte da Índia já armazenou o *hash* como “NYLAC”. Essa incompatibilidade quebrará a corrente, a árvore de *hash*. Portanto, o objetivo do *hash* é assegurar a integridade da corrente³⁸.

Um banco de dados de *blockchain* é gerenciado de forma autônoma usando uma rede ponto a ponto (P2P) e um servidor de timestamp distribuído. Eles são autenticados pela colaboração em massa alimen-

³⁷ FREITAS, Cinthia de Almeida. Comentários ao autor.

³⁸ JAMES, Febin J. **Popular Use Cases of Blockchain Technology You Need to Know**. Disponível em: <https://medium.com/hackernoon/popular-use-cases-of-blockchain-technology-you-need-to-know-df4e1905d373>. Acesso em: 01 ago. 2020.

tada por interesses próprios coletivos – sem necessidade de um servidor de autenticação. A comunidade certifica a si mesma de forma par-a-par, numa *web of trust*: em vez de se apoiar numa autoridade central certificadora, cada nó certifica e é certificado pelos nós com os quais troca informações. Quanto maior a quantidade de interações que os outros nós reportam sobre determinado nó, maior a segurança de que aquele nó é quem aparenta ser.

Uma *blockchain* é um protocolo de troca de valor, o qual confirma que cada unidade de valor foi transferida apenas uma vez; esta qualidade remove a característica de reprodutibilidade infinita de um ativo digital. Isso permite que os participantes verifiquem e auditem as transações de forma independente e relativamente barata³⁹.

Os *ledgers* distribuídos registram a propriedade e as transações de tokens digitais. Praticamente qualquer tipo de informação pode ser expressa como um token, usando uma assinatura criptográfica. Qualquer token pode ser “armazenado” em um *blockchain* ou *ledger* distribuído. Esses fatores permitem a implementação de esquemas de licenciamento em massa com alto grau de *enforceability*. Isso, é claro, gera novos problemas relacionados ao fato de que nenhuma parte pode afetar a execução desse código.

9 SMART CONTRACTS

Os usos da *blockchain* rapidamente se transplantaram para diversas áreas além das criptomoedas, desde a certificação de indústrias completas como o rastreamento do gado, com informações individuais sobre vacinas, tipo de alimentação, frigoríficos, distribuição; a produção de diamantes; documentação de cargas interportuárias; bancos de guarda de registros médicos, e muitos outros⁴⁰. A sua característica de executoriedade

³⁹ CATALINI, Christian; GAMS, Joshua S. **Some Simple Economics of the Blockchain**. (PDF). S2CID 46904163. SSRN 2874598. Disponível em: doi:10.2139/ssrn.2874598. Acesso em: 01 ago. 2020.

⁴⁰ IBM. **Blockchain use cases**. Disponível em: <https://www.ibm.com/blockchain/use-cases/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

obrigatória permite a transposição das disposições legais ou contratuais para um contrato inteligente, *smart contract*, automaticamente aplicadas pela rede subjacente, eliminando o elemento de confiança do sistema.

Smart contracts são protocolos de computador projetados para facilitar, verificar e impor automaticamente a negociação e implementação de contratos digitais, sem autoridades centrais. Podem encontrar um amplo espectro de cenários de aplicações potenciais na economia digital e nas indústrias inteligentes, incluindo serviços financeiros, gestão, saúde e Internet das coisas, entre outros, sendo também integrados às plataformas de desenvolvimento baseadas em *blockchains* convencionais, como Ethereum e Hyperledger⁴¹.

Tais tecnologias operam de forma convergente, inclusive com apoio de sistemas de inteligência artificial. O *machine learning* é a programação de computadores para otimizar um critério de desempenho usando dados de exemplos ou experiências anteriores. Toma-se um modelo definido até alguns parâmetros, e aprendizagem é a execução de um programa de computador para otimizar os parâmetros do modelo usando os dados de treinamento ou experiência passada. O modelo pode ser preventivo para fazer previsões no futuro, ou descritivo para obter conhecimento dos dados, ou ambos⁴²; são capazes de ajuste e acoplamento de suas atividades mediante retroalimentação (*feedback*). Assim, grandes volumes de dados são alimentados nestes softwares, que realizam escolhas. O resultado de tais escolhas é realimentado ao sistema, que desta forma consegue ajustar suas escolhas futuras⁴³.

⁴¹ WANG, S. OUYANG, L. YUAN, Y. NI, X. HAN, X. WANG, F. **Blockchain-Enabled Smart Contracts: Architecture, Applications, and Future Trends.** IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics: Systems, vol. 49, no. 11, pp. 2266-2277, Nov. 2019, doi: 10.1109/TSMC.2019.2895123.

⁴² ALPAYDIN, Ethem. **Introduction to machine learning.** 3rd ed. Cambridge, MA: The MIT Press; 2014. p. 03

⁴³ Mecanismos de *machine learning* tem sido denunciados por seu caráter de viés (bias) inerente. Como a máquina é alimentada com as séries históricas de dados, ela será inerentemente conservadora e tenderá à manutenção do *status quo*, realçando o papel fundamental que é a qualidade necessária aos datasets utilizados. Cf. MEHRABI, Ninareh; MORSTATTER, Fred; SAXENA, Nripsuta; LERMAN, Kristina; GALSTYAN,

Sistemas de *machine learning* acoplados com estruturas de *smart contracts*, baseados numa *blockchain*, em tese poderiam oferecer espaço para ajustes dentro da executoriedade forçada. A combinação da imutabilidade, impedimento de adulteração e rastreabilidade da *blockchain*, a programabilidade do contrato inteligente e a verificação da disponibilidade de dados pelo aprendizado de similaridade se mostram uma configuração poderosa, com usos já existentes e documentados que vão desde cadeias de fornecimento de vacinas até combate aos *deepfakes*, passando pelo mercado de venda de dados para aplicações de Big Data.

Esta estrutura de execução obrigatória é bastante adequada para transações de moeda, mas não necessariamente para outros tipos de transações. Cory Doctorow afirma que a criptomoeda convenceu muita gente que as coisas podem ser resolvidas com *ledgers* distribuídos que manifestamente não podem; a ideia de que estamos substituindo confiança por computação, existem alguns contextos muito estreitos nos quais isso pode funcionar, mas não muitos, e a maioria deles não requer *blockchain*. É possível implementar muitos deles apenas com árvores de *hash*, que consomem menos energia e gastam menos⁴⁴. Apesar da crítica e da *buzzword* gerada, que jogou o termo num contexto de inovação dominado por modelos de start-ups de mercado que lucram com a especulação ou promoção intensiva de determinados conceitos, as *blockchains* estão amadurecendo em termos generacionais, se configurando de maneira a oferecer uma larga gama de aplicativos e serviços distribuídos.

10 BLOCKCHAINS ABERTAS E FECHADAS

As *blockchains* podem ser classificadas em função de seu grau de abertura. Em *blockchains* públicas, qualquer pessoa pode ser titular de uma conta sem a necessidade de aprovação, revisão ou interferência de terceiros. Se a *block-*

Aram. **A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning**. Disponível em: arXiv:1908.09635. Acesso em: 01 ago. 2020.

⁴⁴ DOCTOROW. Cory. **The Machine Without the Factory: An Interview with Cory Doctorow**. Disponível em: <https://brookfieldinstitute.ca/the-machine-without-the-factory-an-interview-with-cory-doctorow/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

chain não exigir necessidade de permissão, qualquer pessoa pode participar da verificação dessas transações⁴⁵ ⁴⁶. As *blockchains* abertos também tendem a contar com código-fonte aberto, que qualquer pessoa pode estudar, alterar e desenvolver. Como consequência, as escolhas de design tecnológico refletem os valores e ideologias da comunidade de desenvolvedores⁴⁷.

Na outra extremidade do espectro, encontramos *blockchains* fechados, privados e permitidos. Esses *blockchains* limitam o acesso ao razão distribuído e limitam quem pode participar do processo de validação da transação. Costumam usar código-fonte proprietário, desenvolvido por organizações privadas, que definem seu design, uso e aplicação. Em outras palavras, os *blockchains* podem ser abertos, como um mercado aberto onde qualquer pessoa pode entrar e negociar, ou fechados, como salas de negociação apenas para convidados. Entre os dois extremos está uma série de aplicações que diferem na extensão da abertura⁴⁸.

Essas diferentes arquiteturas tecnológicas podem ter consequências radicalmente diferentes em termos dos usuários e dos usos do sistema, bem como da organização, suscetibilidade de regulação e economia das práticas que facilitam.

Por exemplo, um registro público de direitos autorais de *blockchain* precisa ser acessível e aberto na maioria, senão em todas as suas dimensões possíveis, para permitir que qualquer criador registre sua obra e cumpra sua função informativa em relação a terceiros (outros detentores de direitos, órgãos públicos e administrativos ou judiciais e o público).

⁴⁵ NARAYANAN, A. et al. **Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction** (Princeton University Press 2016)

⁴⁶ *A Bitcoin*, o primeiro aplicativo *mainstream* baseado em *blockchain*, bem como uma série de criptomoedas subsequentes, utiliza *blockchains* públicas.

⁴⁷ REIJERS, W. O´BROLCHÁIN, F. HAYNES, P. Governance in Blockchain Technologies & Social Contract Theories (Ledger 2016) 134–51; H Nissenbaum, ‘Values in the Design of Computer Systems’ [March 1998] *Computers and Society* 38–39; M Flanagan, D Howe and H Nissenbaum, ‘Embodying Values in Technology: Theory and Practice’ in J van den Hoven and J Weckert (eds), **Information Technology and Moral Philosophy** (CUP 2008).

⁴⁸ XU, X, et al. **A Taxonomy of Blockchain-based Systems for Architecture Design. Software Architecture (ICSA)**, 2017 IEEE International Conference on Software Architecture (IEEE April 2017), 243–52.

Ou seja, tal registro teria que contar com uma *blockchain* aberto não autorizado, rodando em software de código aberto desenvolvido e gerenciado por um grupo diversificado de desenvolvedores e outras partes interessadas. Se a história do compartilhamento de arquivos ponto a ponto é o prólogo do *blockchain*, será um desafio para a lei de direitos autorais ajustar suas regras para sistemas abertos e descentralizados⁴⁹.

11 TOKENIZAÇÃO DE OBRAS E FONOGRAMAS

Com essas características, os *ledgers* distribuídos podem fornecer uma plataforma descentralizada para construir e manter registros de obras e fonogramas. Contando com os registros de tais elementos tokenizados, os contratos inteligentes podem automatizar e padronizar uma diversidade de transações relacionadas a direitos autorais, tais como aquelas que autorizam o uso e exploração de conteúdo protegido por direitos autorais e remuneração. Há uma implantação crescente de aplicativos neste domínio, em particular no setor de música online.

Os *tokens* podem representar vários elementos diferentes. Em primeiro lugar, eles podem representar uma cópia de uma obra protegida. Esta representação pode ser feita no momento da criação (por exemplo, uma câmera digital ou um processador de texto pode gerar um token no momento em que a obra é expressa) ou posteriormente, pelo titular dos direitos ou um terceiro autorizado.

Em segundo lugar, os tokens podem representar um registro de *rights-management information*⁵⁰, RMI, para conteúdo protegido. Em terceiro lugar, os tokens podem codificar um subconjunto de informações mencionadas na definição de RMI, ou seja, os termos de uso de conteúdo protegido, por exemplo, os termos de licenciamento padrão das licenças Creative commons (CC).

⁴⁹ BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, **International Journal of Law and Information Technology**, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014>. Acesso em: 01 ago. 2020

⁵⁰ Informações para gestão de direitos. Provisão instituída pelos Tratados de Internet, em conjunto com os malfadados DRM, cadeados digitais.

No entanto, também é possível prever termos de uso que se referem ao status particular de uma obra, como se é uma obra órfã ou de domínio público. Os termos de uso são frequentemente estáticos / gerais, ou dinâmicos / condicionais. Os primeiros são definidos uma vez e (supostamente) não mudam depois. Por outro lado, os termos de uso dinâmicos ou condicionais podem evoluir com o tempo. Este é o caso da maioria dos RMI, que muda toda vez que um direito autoral é transferido, ou as respectivas condições de uso mudam.

Por fim, os tokens podem representar uma remuneração pelo uso de uma obra, que pode ser codificada em criptomoedas ou equivalentes em moeda fiduciária, constituindo a contraprestação de uma transação de uso da obra correspondente; uma obra ou fonograma poderia ser fracionada para todos seus titulares, por meio de tokens individuais relativos às suas participações.

Os tokens individuais são únicos. As transações de tokens em um *blockchain* são organizadas de uma maneira que evita o gasto duplo⁵¹ de tokens. Na prática, isso significa que os tokens são o veículo pelo qual a tecnologia *blockchain* reintroduz a escassez no domínio digital⁵².

Alguns recursos das tecnologias de *blockchain* – escassez, confiança, transparência, registros públicos descentralizados e contratos inteligentes – parecem tornar essa tecnologia compatível com os fundamentos do direito autoral. Os autores podem publicar trabalhos em *blockchain* criando um registro quase imutável de propriedade inicial e codificar contratos inteligentes para licenciar o uso de obras. A remuneração pode acontecer em plataformas de distribuição online onde residem os contratos inteligentes. Em teoria, tal configuração automatizada permite a gestão privada de direitos autorais em larga escala. A *blockchain* é, portanto, apresentada

⁵¹ *Double-spending*, ou seja, como evitar que o dono de um criptoativo o gaste duas vezes, antes do processamento da primeira transação.

⁵² BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, **International Journal of Law and Information Technology**, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014>. Acesso em: 01 ago. 2020

como uma oportunidade para reduzir o atrito do mercado e aumentar a eficiência do licenciamento e a autonomia dos criadores⁵³.

No domínio dos direitos autorais, a desintermediação afetaria os titulares em todos os níveis: editoras e gravadoras, entidades de gestão coletiva e plataformas online, incluindo aquelas que hospedam conteúdo enviado pelo usuário. Supostamente, os aplicativos de *blockchain* são capazes de remover todos os intermediários entre o artista e o público e, assim, permitir um relacionamento direto onde os artistas possam autorizar diretamente o uso, distribuir suas obras e coletar remuneração. Ainda que a desintermediação completa seja improvável, é presente o potencial de perturbação do *status quo*, mudando os poderes relativos – institucionais, de negociação, financeiros ou outros – dos titulares por meio da introdução de novos interessados no domínio e da alteração do cálculo de custo / benefício para os existentes⁵⁴.

12 DADOS ABERTOS

O entendimento de que o acesso às expressões culturais, dentre as quais as obras artísticas, é essencial à experiência sociocultural e, por conseguinte, ao desenvolvimento da personalidade e à formação da pessoa, autoriza e justifica limites impostos ao exercício da exclusividade patrimonial, impondo um necessário equilíbrio entre a proteção patrimonial e a liberdade de utilização⁵⁵.

Para Paulo Bonavides, os direitos fundamentais da quarta dimensão – ou quarta geração, na terminologia adotada pelo autor – seriam aqueles vinculados à ideia de democracia vista com um verdadeiro direito e não apenas como forma de governo; o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade,

⁵³ Op. cit.

⁵⁴ Op. cit.

⁵⁵ SOUZA, Allan Rocha de. Os direitos morais de autor. **civilistica.com**, a.2.n.1.2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/73/53>. Acesso em: 01 ago. 2020

para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência:

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual⁵⁶.

Na rede, a informação aparece como a unidade básica de operação do sistema. Numa sociedade informacional estruturada em rede, entretanto, é necessário estabelecer uma distinção conceitual entre a utilização do termo em sentido amplo, conforme entendido pela teoria dos sistemas – toda troca de energia com significado – e seu sentido restrito.

É possível classificar a informação em ao menos três categorias⁵⁷:

- (a) informação como processo, *as a process*; o ato de informar; comunicação do conhecimento ou novidade de algum fato ou ocorrência;
- (b) informação como conhecimento, *as knowledge*; o conhecimento comunicado referente a algum fato particular, assunto, ou evento; aquilo que é transmitido, inteligência, notícias; e
- (c) informação como coisa, *as a thing*; atribuído para objetos, assim como dados para documentos, que são relacionados como in-

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 571

⁵⁷ BUCKLAND, M. K. Information as thing. **Journal of the American Society for Information Science (JASIS)**, [S.l.], v.45, n.5, p.351-360, 1991.

formativos, tendo a qualidade de conhecimento, comunicado ou comunicação.

Nem toda informação vai se mostrar relevante para o Direito. Maria Eduarda Gonçalves fornece conceito de informação que implica, em rigor, um estado de consciência sobre fatos ou dados; o que quer dizer que pressupõe um esforço (de caráter intelectual) que permita passar da informação imanente (dos fatos, ou dos dados brutos) à sua percepção ou entendimento, o que implica, normalmente, em sua coleta, tratamento e organização. A autora estabelece que a informação, enquanto objeto de interesse do Direito, é primordialmente aquela que se traduz em conhecimento de qualquer tipo⁵⁸.

A informação as *knowledge*, neste sentido estrito de objeto passível de interesse pelo Direito, possui características bastante peculiares no que diz respeito à determinação de sua titularidade. Considere uma transação por cartão de crédito corriqueira entre X e Y, pela bandeira da operadora Z. X autoriza um crédito determinado na conta de titularidade de Y, e a operadora Z valida a transação. Z, portanto, opera uma rede centralizada das quais X e Y são nós. Tanto X quanto Y somente tem acesso ao registro das suas próprias transações, enquanto Z tem acesso a todo o universo de transações que validou, para uma multitude de clientes.

A informação surge a partir transação entre A e B; entretanto apenas Z – o intermediário – está na posição de coletar e reunir tais dados. Aqui novamente observamos como é indissociável o Direito de seu modo de exercício, em rede: por uma questão técnica estrutural, a empresa se apropria de dados que não foram gerados por ela, mas pela interação entre diferentes nós da rede, e assume a posição de controladora dos dados. Da mesma forma, os catálogos de obras e fonogramas hoje pertencem às entidades de gestão coletiva, que organizaram os bancos de dados, a partir dos cadastros individualizados das obras e fonogramas.

Mas os dados em si, propriamente ditos, constituem informação como coisa, *as a thing*. Neste sentido, a adoção de modelos alternativos

⁵⁸ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação**. p. 17. Coimbra: Almedina, 2003

para a criação de metadados seguindo o paradigma de acesso aberto encontrado em outras indústrias, como na edição de livros, sistemas de biblioteca e na cadeia de suprimentos de peças automotivas, permite a criação de uma nova camada de metadados de música e autoria que seja aberta, escalável e forneça uma fonte confiável de informações disponível para todas as entidades na cadeia de fornecimento de música globalmente⁵⁹, bem como uma base autoritativa para a criação de modelos de negócios que realizem a distribuição direta dos royalties.

13 CONCLUSÕES

A *blockchain* não é uma tecnologia “disruptiva”, que pode atacar um modelo de negócios tradicional com uma solução de custo mais baixo e ultrapassar as empresas estabelecidas rapidamente. É uma tecnologia de fundo: tem o potencial de criar as bases para novos sistemas econômicos e sociais. A rápida aderência do mercado ao modelo de NFTs 1.0 (modelo de “gravura” e circulação dos títulos) evidencia a demanda reprimida no setor por soluções que automatizem os processos de rentabilização de ativos culturais.

Um dos problemas significativos na cadeia de fornecimento de música hoje é a falta de informações ou metadados consistentes, completos e confiáveis sobre a criação de uma determinada obra musical. Em muitos casos, várias entidades na cadeia de fornecimento de música criaram, cada uma, sua própria versão dos metadados para uma obra musical, muitas vezes inserindo manualmente as mesmas informações ou copiando dados de outros locais. Nesses casos, o esforço para sincronizar ou corrigir as informações torna-se manualmente trabalhoso e sujeito a erros. Além disso, as informações confidenciais sobre a propriedade legal da obra musical muitas vezes são mescladas nos mesmos metadados, tornando toda a base de dados proprietária e, portanto, fechada. Registros de direitos autorais em *blockchains* públicas permitem o mapeamento de

⁵⁹ HARDJONO, Thomas, et al. **Towards an Open and Scalable Music Metadata Layer**. Cornell University, 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1911.08278>. Acesso em: 20 abr. 2021.

recursos culturais abertos, e o desenvolvimento de aplicações ou serviços de interesse para criadores e usuários de músicas que permitam a distribuição direta de royalties.

O token adquire uma nova dimensão na gestão direta dos direitos autorais, que vai além da sua função como emblema da escassez e título especulativo; a tokenização das obras e fonogramas cominada com *smart contracts* para atribuição de direitos de uso, o NFT 2.0, oferece o acesso às receitas recorrentes da exploração direta dos direitos patrimoniais sobre obras e fonogramas, cortando intermediários, diminuindo custos de transação e aumentando o grau de utilização das músicas.

REFERÊNCIAS

ALPAYDIN, Ethem. **Introduction to machine learning**. 3rd ed. Cambridge, MA: The MIT Press; 2014.

ANTONOPOULOS, Andreas. **Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies**. O'Reilly Media: 2014.

ARMSTRONG, Stephen. Move over Bitcoin, the *blockchain* is only just getting started. **Wired**. 07/11/2016. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20161108130946/http://www.wired.co.uk/article/unlock-the-blockchain>. Acesso em: 01 ago. 2020

BERNAL, P. Data gathering, surveillance and human rights: recasting the debate. **Journal of Cyber Policy**1 (2) 243-264. 2016.

BODÓ, Balázs. GERVAIS, Daniel. QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?, **International Journal of Law and Information Technology**, Volume 26, Issue 4, Winter 2018, Pages 311–336. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014>. Acesso em: em 01 ago. 2020

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUCKLAND, M. K. Information as thing. **Journal of the American Society for Information Science (JASIS)**, [S.l.], v.45, n.5, p.351-360, 1991.

CATALINI, Christian; GAMS, Joshua S. **Some Simple Economics of the Blockchain**. (PDF). S2CID 46904163. SSRN 2874598. Disponível em: [doi:10.2139/ssrn.2874598](https://doi.org/10.2139/ssrn.2874598) em 01 ago. 2020

CHAVES, Antônio. **Direitos Autorais na Radiodifusão (Rádio e TV)**.v.284. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1993.

COYLE, Karen. **Descriptive Metadata for Copyright Status**. Disponível em: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/1282/1202>. Acesso em: 01 ago. 2020

DOCTOROW, Cory. **The Machine Without the Factory: An Interview with Cory Doctorow**. Disponível em: <https://brookfieldinstitute.ca/the-machine-without-the-factory-an-interview-with-cory-doctorow/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

DOLATA, U. **The Music Industry and the Internet: A Decade of Disruptive and Uncontrolled Sectoral Change**, SOI Discussion Paper 2011-02, University of Stuttgart, Department of Organizational Sociology and Innovation Studies, Institute for Social Sciences.

DREDGE, S. Why is the music industry battling YouTube and what happens next?. **Guardian**, 20/05/2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/20/music-industry-battling-google-youtube-what-happens-next>. Acesso em: 01 ago. 2020

ELBERSE, A. **Blockbusters: Why Big Hits –and Big Risks –are the Future of the Entertainment Business**. London: Faber and Faber. 2013.

FARREL, Nick. **iTunes threatens music industry more than piracy**. Disponível em: <http://news.techeye.net/internet/itunes-threatens-music-industry-more-than-piracy>. Acesso em: 15 jan.020

FREITAS, Cinthia de Almeida. Comentários ao autor.

FRITH, S. **Music for Pleasure: Essays in the Sociology of Pop**Cambridge: Polity Press. 1998.

GERVAIS, D. MARCUSO, K. KILGORE, L. **The Rise of 360 Deals in the Music Industry Landslide 3** (4) pp 1-6. 2011

GIORGETTI VALENTE, Mariana. **Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil: os anos 1989-1998** / Mariana Giorgetti Valente; orientador José Eduardo Campos de Oliveira Faria – São Paulo, 2018.

GOMES, Eduardo José dos Santos de Ferreira. **Vedação à Cessão de Direitos Autorais: Uma Abordagem Constitucionalista**. p. 297 e seguintes. Salvador / Lisboa: UFBA, 2018

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação**. Coimbra: Almedina, 2003

HARDJONO, Thomas, et al. **Towards an Open and Scalable Music Metadata Layer**. Cornell University, 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1911.08278>. Acesso em: 20 abr. 2021

IBM. **Blockchain use cases**. Disponível em: <https://www.ibm.com/blockchain/use-cases/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

IFPI Global Music Report 2019. Acesso em: <https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>. Acesso em: 15 jan. 2020.

INGHAM, Tim. New Music Drops Every Minute. But Back-Catalogs Are Driving the Industry's Transformation. **Rolling Stone**, 08/09/2020. Disponível em: <https://www.rollingstone.com/pro/features/music-catalogs-value-keeps-rising-could-it-change-the-face-of-the-entire-industry-1056229/>. Acesso em: 20 set. 2020.

JAMES, Febin J. **Popular Use Cases of Blockchain Technology You Need to Know**. Disponível em: <https://medium.com/hackernoon/popular-use-cases-of-blockchain-technology-you-need-to-know-df4e1905d373>. Acesso em: 01 ago. 2020

MARSHALL, L. Let's keep music special. F-Spotify: on-demand streaming and the controversy over artist royalties. **Creative Industries Journal**8 (2): 177-189. 2015.

MEHRABI, Ninareh; MORSTATTER, Fred; SAXENA, Nripsuta; LERMAN, Kristina; GALSTYAN, Aram. **A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning**. Disponível em: arXiv:1908.09635. Acesso em: 01 ago. 2020

MOSCO, V. To The Cloud: Big Data in a Turbulent World, **Paradigm Publishers**, Boulder Colorado. 2014.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2020.

NARAYANAN, A. et al. **Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction** (Princeton University Press 2016)

NASH, Ed. How Steve Jobs Saved the Music Industry. **The Wall Street Journal**. 21/10/11. Disponível em 01 ago. 2014 em <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052970204002304576629463753783594>.

NEGUS, Keith. From creator to data: the post-record music industry and the digital conglomerates. **Media, Culture and Society**, 41(3), pp. 367-384. ISSN 0163-4437, 2019.

NESSON, Charles R. Foreword. In: DE ROSNAY, Melanie Dulong; MARTIN, Juan Carlos de (org.). **The Digital Public Domain**: Foundations for an Open Culture. Open Book Publishers, 2012.

OBERHOLZER-GEE, Felix and STRUMPF, Koleman S. The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis. **Journal of Political Economy**, Vol. 115, pp. 1-42. 2007. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=961830>. Acesso em: 15 jan. 2020

PHAM, Alex; PEOPLES, Glenn. **Seven Ways iTunes Changed the Music Industry**. Disponível em: <http://www.billboard.com/biz/articles/news/1559622/seven-ways-itunes-changed-the-music-industry>. Acesso em: 15 jan. 2020

PREY, R. Musica Analytica: The Datafication of Listening. In NOWAK, R., WHELAN, A. (org) **Networked Music Cultures**, London: Palgrave pp 31-48. 2016.

REIJERS, W. O´BROLCHÁIN, F. HAYNES, P. Governance in Blockchain Technologies & Social Contract Theories (Ledger 2016) 134–51; H Nissenbaum, ‘Values in the Design of Computer Systems’ [March 1998] *Computers and Society* 38–39; M Flanagan, D Howe and H Nissenbaum, ‘Embodying Values in Technology: Theory and Practice’ in J van den Hoven and J Weckert (eds), **Information Technology and Moral Philosophy** (CUP 2008).

SEABROOK, J. Revenue Streams: Is Spotify the music industry’s friend or its foe?. **The New Yorker**, 24/11/2014. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2014/11/24/revenue-streams>. Acesso em: 01 ago. 2020.

SILVA, Guilherme Coutinho. **Gestão coletiva e remuneração do autor**: novas perspectivas. 2018. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SPOTIFY. **How we pay royalties**: an overview. Disponível em: <http://www.spotifyartists.com/spotify-explained/#how-we-pay-royalties-overview>. Acesso em: 15 jan. 2020.

THOMPSON, John B. **Mídia e modernidade**: uma teoria social da mídia. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998

WANG, S. OUYANG, L. YUAN, Y. NI, X. HAN, X. WANG, F. **Blockchain-Enabled Smart Contracts**: Architecture, Applications, and Future Trends. *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics: Systems*, vol. 49, no. 11, pp. 2266-2277, Nov. 2019, doi: 10.1109/TSMC.2019.2895123.

WIKSTRÖM, Patrik. The Music Industry in an Age of Digital Distribution. In: **Change - 19 Key Essays on How Internet Is Changing Our Lives**. Queensland University of Technology. Disponível em: <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-OpenMind-Technology-Innovation-Interne>

t-Informatics-Music-Patrik-Wikstr%C3%B6m-The-Music-Industry-in-an-Age-of-Digital-Distribution.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020

XU, X, et al. A Taxonomy of Blockchain-based Systems for Architecture Design. **Software Architecture (ICSA)**, 2017 IEEE International Conference on Software Architecture (IEEE April 2017), 243–52.

Recebido: 14/04/2021

Aprovado: 26/04/2021

OBRAS LITERÁRIAS ESGOTADAS E CONSUMO CULTURAL DIGITAL: o problema da falha de mercado do livro

Out-of-print literary works and digital cultural consumption: the problem of book market failure

Rodrigo Otávio Cruz e Silva¹

RESUMO:

A Revolução Informacional contribuiu para a superação do paradigma industrial. As transformações ocorridas até a década de 1970 colaboraram para consolidar o desenvolvimento das TICs e a nova realidade das sociedades em rede responsáveis por conceber o paradigma informacional do século XXI. Com as TICs se tornou possível o desenvolvimento de plataformas digitais e o surgimento de novos modelos de negócio, alguns deles disruptivos em relação aos tradicionais mercados, o que trouxe novos desafios para sociedade e para a ciência jurídica. No mercado do livro, em especial no caso de obras esgotadas, resta evidenciada a existência de uma falha de mercado que se sujeita à regulação jurídica no propósito de tornar efetivo o direito de acesso. Para a correção da falha verificada no exercício abusivo do monopólio autoral, precisamente no mercado primário das obras literárias com edições esgotadas, importa a análise do efeito nocivo aos destinatários da cultura, tendo em vista a promoção de uma escassez anômala de restrição-exclusão do acesso pela omissão ou negativa de novas publicações. E nesse contexto surge o regime das licenças compulsórias como medida destinada à realização do direito fundamental de acesso à cultura. Palavras-chave: Inteligência Artificial; Neutralidade Legal; Responsabilidade Civil; Propriedade Intelectual

Palavras-chave: Obras esgotadas; Direitos autorais; Falha de mercado.

ABSTRACT:

The Informational Revolution contributed to the overcoming of the industrial paradigm. The transformations that took place up to the 1970s helped consolidate the development of ICTs and the new reality of networked societies, which were responsible for designing the informational paradigm of the 21st century. With ICTs it became possible to develop digital platforms and the emergence of new business models was enabled, with some of them being disruptive in relation to traditional markets, which brought new challenges to society and to legal science. In the book market, especially in the case of out-of-print works, there is evidence of a market failure that is subject to legal regulation in order to make the right of access effective. In order to correct the failure verified in the abusive exercise of the authorial monopoly, precisely in the primary market of literary works with out-of-print editions, it is important to analyze the harmful effect to the receivers of culture, considering the promotion of an anomalous scarcity of restriction-exclusion of access by the omission or denial of new publications. And in this context, the compulsory licensing system emerges as a measure aimed at fulfilling the fundamental right of access to culture.

Keywords: Out-of-print works; Copyrights; Market failure.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/PPGD-UFPR). Advogado. E-mail: rodrigoocs@hotmail.com

SUMÁRIO:

Introdução. **1)** A Revolução informacional: inovação, propriedade intelectual e globalização. **2)** Novas tecnologias, cultura digital e obras literárias. **3)** O negócio do livro e o *e-book*. **4)** Os números sobre o mercado editorial, e a leitura geral e do *e-book* no Brasil. **4.1.** Mercado do livro digital. **4.2.** A cultura da leitura no Brasil. **4.3.** Leitura do livro digital. **5)** A “Cauda Longa” e a “Regra Dos 98%”: o novo mercado de nichos. **6)** Falhas de mercado, regulação e as licenças compulsórias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É irrefutável que a realidade das trocas e do consumo na sociedade contemporânea acentua-se cada vez mais na presença do digital. No caso do consumo cultural as novas tecnologias estão aí para romper com a limitação das escolhas dos consumidores imposta pelo modelo tradicional. A digitalização das obras e a desmaterialização do suporte promovem uma nova forma de utilização e consumo das obras que passa a ser mais acessível e interativa. Essa nova realidade promove também um novo negócio do livro através do *e-book*. É oportuno ressaltar que o ato de digitalizar uma obra pode ser considerado como uma forma de reprodução, e, inclusive, uma nova modalidade de uso, o que traz à tona a questão jurídica da autorização pelo titular dos direitos autorais.

O *e-book* pela tendência de apresentar menor custo de produção e distribuição torna-se um instrumento para ampliar a oferta e viabilizar o acesso às obras, com destaque para as obras esgotadas. A taxa de crescimento do comércio do livro eletrônico, bem como a sua presença no mercado geral, tem aumentado a cada ano em margens superiores ao do livro impresso. E por isso o mercado do *e-book* nos últimos anos consolidou a participação de grandes empresas de tecnologia como principais *players*, que viram nesse nicho um mercado rentável.

Nesse panorama é preciso ter claro que o atual sistema de direitos autorais da LDA, desenvolvido para a realidade do século passado, não mais atende aos anseios da sociedade contemporânea. As novas tecnologias e o meio digital apresentam-se como instrumento de fundamental importância para o acesso ao patrimônio intelectual e precisam de reconhecimento pela ordem jurídica. O paradigma pós-industrial trouxe consigo inúmeros desafios para a tutela jurídica da criatividade, com destaque para o repensar dos padrões e limites da liberdade para o acesso às criações no século XXI.

É dessa relação entre Direito e Economia que se justifica a regulação necessária para corrigir a falha de mercado decorrente do abuso do exclusivo de autor, verificado no problema das obras esgotadas, cujo efeito deletério recai sobre o mercado e, em especial, sobre o interesse público presente no direito de acesso dos destinatários da cultura. E nesse ponto o instituto das licenças compulsórias se justifica como medida de correção e de harmonização dos interesses envolvidos.

1 A REVOLUÇÃO INFORMACIONAL: INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E GLOBALIZAÇÃO

Nos últimos séculos a superação tecnológica ocorreu em intervalos cada vez menores. O período medieval manteve por um longo tempo os mesmos padrões tecnológicos de energia e comunicação. A partir do século XVIII a evolução da técnica ganhou novos contornos com a dinâmica industrial e o surgimento dos padrões de inovação capitalista. No século XX, com o advento da sociedade pós-industrial, o trabalho do homem passou a ressaltar a necessidade de interação com outros indivíduos, e não apenas a relação do homem com as máquinas e a natureza. No século XXI, a partir da revolução da microeletrônica, com o desenvolvimento dos computadores e da internet a aceleração das transformações tecnológicas passou a ocorrer em espaços de tempo menores, com a superação tecnológica acontecendo em questão de anos, meses e até dias.

A evolução tecnológica promove “a aceleração da história e se transforma em fator permanente da própria existência do homem, à medida

que favorece e viabiliza as descobertas científicas em praticamente todos os setores da atuação humana”², promovendo alterações nos padrões de vida em toda a sociedade.

Ao destacar a relevância da tecnologia para a sociedade, afasta-se, desde já, a crença no determinismo tecnológico. Na ideia de que a tecnologia não escreve o curso da evolução social, nem a sociedade determina a transformação tecnológica, a evolução do cognitivo coletivo e da técnica depende de uma interação de múltiplos fatores, com a técnica influenciando e condicionando o desenvolvimento da sociedade, e a sociedade dando forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses de seus usuários, isto é, “por si mesma, a ‘técnica’ não revive nem restitui nada: ela apenas oferece”³. Por isso as técnicas tornam possíveis certas evoluções culturais, ao instrumentalizar muitas iniciativas dos agentes sociais⁴, assim conseguem influenciar a construção da megarede social, mas, como dito, as técnicas não ditam e não condicionam o devir social⁵⁻⁶.

Ainda na ideia de desenvolvimento, a evolução tecnológica expandiu-se a partir dos anos setenta, e a chegada da informação na vida cotidiana criou “as condições para uma grande transformação da sociedade capitalista”⁷, com destaque para a integração tecnológica de inovações de diferentes setores. O autor Luiz Fernando Coelho aborda essa relação entre a nova economia e a informação, e observa o surgimento da microeletrônica nos anos setenta como denominador comum a todas as cadeias

² COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. p. 45.

³ LOKJKINE, Jean. **A revolução informacional**. Trad. José Paulo Netto. 2ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999. p. 42.

⁴ LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993. pp. 10 e 186.

⁵ LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993. p. 187.

⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 44.

⁷ SANTOS, Laymert Garcia dos [et. al.]. **Revolução tecnológica, internet e socialismo**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2003. p. 16.

tecnológicas, o que “favoreceu o desenvolvimento das novas indústrias da informação e das telecomunicações, à nova biotecnologia, à construção de novos materiais, a novos processos e produtos, à vinculação instantânea entre o projeto, a produção e o mercado, e a novas formas de organização empresarial, urbana e familiar”⁸.

A superação da sociedade industrial pela realidade informacional ocorreu a partir do desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), com uma nova configuração técnica centrada nas mídias eletrônicas e na informática⁹. O surgimento das TICs provocou uma verdadeira revolução em todos os tipos de aplicações e usos das tecnologias, o que acelerou ainda mais a produção de inovações tecnológicas¹⁰.

As atuais tecnologias informacionais enquanto ferramentas de comunicação, levaram a uma realidade complexa de conglobação dos meios de comunicação e suas estruturas funcionais.

Apresentando a ideia de Revolução Informacional, Jean Lokjine destaca amplitude do novo paradigma a outros espaços sociais:

[...]. O mesmo ocorre com a nova revolução que começa, mas numa escala inteiramente diversa e com toda uma série de desafios outros. Ao passo que a máquina-ferramenta estava circunscrita ao setor industrial e marcava uma divisão fundamental entre a produção e os serviços, entre o espaço da fábrica e o da cidade, a revolução informacional coloca no primeiro plano as potencialidades e a exigência de superação desta divisão – as redes teleinformáticas e os bancos de dados setoriais já inscrevem nos fatos (apesar das enormes pressões da rentabilidade e da tecnocracia) uma estreita interconexão entre produção e serviços, espaço profissional e espaço residencial, empresas, laboratórios e coletividades territoriais¹¹.

⁸ COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. p. 41.

⁹ LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993. p. 17.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 44.

¹¹ LOKJKINE, Jean. **A revolução informacional**. Trad. José Paulo Netto. 2ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999. p. 307-308.

Alguns autores ressaltam ainda que a revolução informacional teve início não com o computador, com a internet ou mesmo com o telefone, mas com o telégrafo. A partir da tecnologia do telégrafo a informação superou a velocidade com que o homem viajava, passou à velocidade da luz. Por outro lado, há autores que afirmam que o computador inaugurou uma segunda fase, na qual “as tecnologias da informação tornaram-se capazes não simplesmente de transmitir e armazenar informações, mas de produzir informações independentemente da intervenção humana”. Ocorre que não passa despercebido que os objetivos da informação devem ser os mesmos objetivos dos seres humanos, no sentido de que “a lógica da informação deve ser, definitivamente, a lógica da humanidade”¹².

Ao relacionar revolução informacional e desenvolvimento econômico, um elemento que se apresenta de central importância é a inovação¹³. A tradicional definição de inovação é apresentada a partir das ideias de Joseph Schumpeter, autor que cunhou a expressão “destruição criadora” como o processo dinâmico conduzido pela inovação em que ocorre a superação das antigas tecnologias pelas novas. O economista austríaco propôs uma lista de cinco tipos de inovação: i) introdução de novos produtos; ii) introdução de novos métodos de produção; iii) abertura de novos mercados; iv) desenvolvimento de novas fontes provedoras de matérias-primas e outros insumos; v) criação de novas estruturas de mercado em uma indústria¹⁴.

¹² BROWN, John Seely e DUGUID, Paul. **A vida social da informação**. São Paulo: Makron books, 2001. p. 15.

¹³ Destaca-se na legislação brasileira os seguintes conceitos de inovação: Lei 10.973/2004 – Lei da Inovação Federal (art. 2º, IV): “inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho; Lei 11.196/2005 – Lei do bem (art. 17, §1º): “considera-se inovação tecnológica a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado”.

¹⁴ OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª ed. Trad. Flávia Gouveia. Brasília: FINEP, 2006. p. 36. Disponível em: <<https://www.finep.gov.br/ima>>

Uma definição que congrega tipos de inovação pode ser vista no Manual de Oslo:

Uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas¹⁵.

O economista Schumpeter defendia que os empresários utilizavam a inovação tecnológica – novos produtos – para obter uma vantagem estratégica. Ao conquistar essa vantagem, o empresário conseguiria ditar o chamado “preço de monopólio”, ocorrendo assim um elemento de monopólio no lucro¹⁶. Com o tempo a concorrência desenvolve novas técnicas e novas ideias até alcançar um novo equilíbrio no mercado. Esse ciclo de superação criativa se repete a cada nova geração tecnológica, destacando assim o papel da inovação no desenvolvimento capitalista¹⁷.

Portanto, a conquista de mercado está cada vez mais relacionada à busca por uma vantagem competitiva advinda da introdução de novos produtos, serviços e processos. A melhoria de desempenho é o que motiva os agentes econômicos a inovar. Através da inovação em bens e serviços pode-se “ganhar uma vantagem competitiva por meio da introdução de

ges/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>; Ver também em SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 76

¹⁵ OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª ed. Trad. Flávia Gouveia. Brasília: FINEP, 2006. p. 55. Disponível em: <https://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>.

¹⁶ “Uma vez que o empresário não tem concorrentes quando os novos produtos aparecem pela primeira vez, a determinação de seu preço se processa inteiramente, ou dentro de certos limites, segundo os princípios do preço de monopólio. Assim há um elemento de monopólio no lucro, numa economia capitalista”. (SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 149).

¹⁷ SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 106.

um novo produto, o que lhe confere a possibilidade de maior demanda e maiores margem sobre custos”¹⁸.

Portanto, a razão investir em inovação tecnológica empresarial está na melhoria de desempenho com o ganho de vantagem competitiva. É por isso que o desenvolvimento de vantagem competitiva é cada vez mais relacionado ao investimento em criatividade, com a mobilização de conhecimento e avanços tecnológicos para conceber produtos e serviços inovadores¹⁹.

A inovação no âmbito da propriedade intelectual segue um modelo em que o seu reconhecimento jurídico concede ao criador um direito exclusivo de exploração econômica, autorizando o titular desse direito a comercialização por um preço ou utilização de tal forma que forneça uma *vantagem competitiva* no mercado²⁰. Isto é, em decorrência do reconhecimento jurídico da propriedade intelectual, o titular, “por efeito de seu privilégio, adquire uma vantagem considerável sobre seus concorrentes, sendo o único a poder desempenhar a atividade de explorar o invento”²¹.

Assim, inovação tecnológica abre espaços para o debate em que coloca a propriedade intelectual como fator de desenvolvimento. Nesse âmbito a difusão do conhecimento e da técnica se torna parte central do estímulo à propriedade intelectual. O processo de criação e difusão do conhecimento passa por abordagens sistêmicas na interação entre insti-

¹⁸ OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª ed. Trad. Flávia Gouveia. Brasília: FINEP, 2006. p. 37. Disponível em: <https://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>.

¹⁹ TIDD, Joe; BESSANT, John; PAVITT, Keith. **Gestão da inovação**. 3ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2008. p. 30.

²⁰ “II. NATURE AND BASIS OF IP. [...] To profit from a new idea or a work of authorship, the creator must be able either to sell it to others for a price, or to put it to some use that provides her with a comparative advantage in a Market”. (LEMLEY, Mark A. **A New Balance Between IP and Antitrust**. Stanford Law School. Working Paper n. 340, April 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=980045>. Acesso em: 21 jan. 2020).

²¹ BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2ª Edição. Rio de Janeiro, 2003. p. 72. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html. Acesso em: 21 jan. 2020.

tuições, e ressalta “a importância das condições, regulações e políticas em que os mercados operam”²². Os padrões de regulação podem fornecer um ambiente de fomento à atividade inovadora, pois afetam diretamente, por exemplo, o acesso à informação e aos direitos de propriedade. Assim, o desenvolvimento de bens intelectuais, a partir da transformação de ideias, conhecimento e informação em novas criatividades, passa por um ambiente de regulação em que o acesso à criatividade – autoral ou industrial – é colocado num ponto de equilíbrio entre os interesses do titular e da coletividade.

O processo de desenvolvimento tecnológico, compreendido nesse a propriedade intelectual, apresenta cada vez mais uma intensa relação com a globalização. Autores como Laymert defendem nessa perspectiva a nova economia como resultado da “aliança entre o capital e a tecnociência que se estende ao nível planetário ao mesmo tempo que consagra a inovação tecnológica como instrumento de supremacia econômica e política”²³.

A globalização se apresenta também como uma força poderosa para a inovação. O mercado global ao desenvolver um ambiente de competição internacional promove um grande intercâmbio de informações e conhecimentos. A aproximação de agentes globais facilita ainda a transferência de tecnologia e a celebração de acordos de cooperação tecnológica essenciais para a difusão do conhecimento e benéfica para o processo de inovação²⁴. Assim, a inovação decorrente da constante busca por aumentar

²² OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª ed. Trad. Flávia Gouveia. Brasília: FINEP, 2006. p. 41. Disponível em: <https://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

²³ SANTOS, Laymert Garcia dos [et. al.]. **Revolução tecnológica, internet e socialismo**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2003. pp. 16-17.

²⁴ “A cooperação internacional, segundo o MDIC, é um dos aspectos centrais do processo de globalização das atividades de P&D. A cooperação durante o processo de inovação é essencial para a difusão do conhecimento e mutuamente benéfica para os colaboradores, uma vez que permite a mobilidade de pessoal e reforça o aprendizado entre empresas, setores e instituições”. (GRIZENDI, Eduardo. **Manual de orientações gerais sobre inovação**. Brasília, DF: MRE Ministério das Relações Exteriores. Departamento de Promoção Comercial e Investimentos. Divisão de Programas de Promoção

eficiência e criar novos bens e serviços é acelerada pelo fenômeno da globalização e seu ambiente informacional de diversidade²⁵.

Conforme abordado, a revolução informacional que concebeu as TICs tornou a inovação elemento central para o desenvolvimento – dentre as modalidades de inovação destaca-se a propriedade intelectual. E para o desenvolvimento de um ambiente de estímulo à inovação é imprescindível políticas públicas e um sistema normativo que fomentem o acesso à informação, ao conhecimento e à cultura, harmonizando os interesses envolvidos nesse mesmo acesso.

2 NOVAS TECNOLOGIAS, CULTURA DIGITAL E OBRAS LITERÁRIAS

A relação entre a propriedade intelectual e as novas tecnologias, incluído as obras autorais, as plataformas digitais, o *smartphone*, a internet, o *e-book*, aplicativos de *e-commerce* e compartilhamento, entre outros, apresenta-se como fator determinante para a efetivação do direito de acesso no paradigma informacional. Muitas tecnologias e plataformas digitais são desenvolvidas para viabilizar o acesso e o compartilhamento de conteúdo, e assim contribuem para o surgimento de novos bens culturais. Por outro lado, a restrição ao compartilhamento de conteúdo pelas novas tecnologias, decorrente de estratégias por parte de indústrias criativas, prejudica o desenvolvimento social e o estímulo à inovação. Um exemplo é visto na decisão de não disponibilizar obras literárias na modalidade digital por seus titulares, em contraposição à tendência de crescimento

Comercial. 2011. Disponível em: <http://download.finep.gov.br/dcom/manualinovacao.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2019).

²⁵ “O processo de globalização é também uma força poderosa para a inovação. A competição internacional força as empresas a aumentar sua eficiência e desenvolver novos produtos. A globalização pode também mudar a estrutura industrial das economias, impelindo-as a desenvolver novas indústrias e a adaptar suas estruturas institucionais”. (OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3ª ed. Brasília: FINEP, 2006. p. 49. Disponível em: <https://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2019). Acesso em: 02 mar. 2020.

da cultura digital e da realidade informacional, cujo efeito reflexo implica na negação do acesso livre às criações.

À medida que a difusão da cultura encontra nos computadores e nos *smartphones* através da internet o seu principal meio, o sujeito contemporâneo se torna cada vez mais imerso no contexto de “uma cultura codificada na forma digital”, em que predomina a interação de textos, fotografias, filmes, música e ambientes virtuais²⁶. Essa interface da cultura digital entre indivíduo-computador-cultura é determinante para o modo de funcionamento das tecnologias digitais e a forma como se consome as informações, panorama que transforma as práticas vinculadas às mídias analógicas, e até mesmo a forma de escrever e ler obras literárias.

O ciberespaço propiciou a ampla liberdade para a divulgação de obras literárias, reduzindo significativamente os custos da publicação. Já o mercado editorial tradicional dos livros impressos apresenta uma normatividade econômica amarrada a uma cadeia formada por agentes responsáveis pelo controle editorial, e pela impressão, distribuição e comercialização das obras. Enquanto no ciberespaço autores podem publicar suas obras em portais próprios ou especializados, e assim dialogar diretamente com seus leitores, no mercado editorial de obras impressas os custos da estrutura de controle e distribuição determinam a efetivação, ou não, do direito de acesso, isto é, a publicação de obras depende do interesse econômico das editoras sinalizado em pesquisas de mercado.

O mercado editorial em geral tem buscado a maior interação com a cultura digital. Ainda que aja diferença entre obras digitalizadas e obras digitais – aquelas mantêm rigorosamente a editoração do formato de livro impresso, e estas apresentam novas formas estéticas de con-

²⁶ “As distribution of all forms of culture becomes computer-based, we are increasingly “interfacing” to predominantly cultural data: texts, photographs, films, music, virtual environments. In short, we are no longer interfacing to a computer but to culture encoded in digital form. I will use the term “cultural interfaces” to describe human-computer-culture interface: the ways in which computers present and allows us to interact with cultural data. Cultural interfaces include the interfaces used by the designers of Web sites, CD-ROM and DVD titles, multimedia encyclopedias, online museums and magazines, computer games and other new media cultural objects.” (MANOVICH, Lev. **The language of new media**. Cambridge: The MIT Press, 2001. p. 80).

tornos tecnológicos que podem combinar textos, imagens, sons, movimentos e múltiplas plataformas – o fato é que as novas tecnologias informacionais da cultura digital contribuem para a liberdade e difusão do acesso à cultura²⁷.

O papel marcante da editora consiste em desenvolver um ambiente propício à construção de ideias, fomentando juntamente com autores diálogos para a formação de textos literários. Por outro lado, é válida também a crítica sobre a cultura digital e a internet que em alguns casos esvaziam os espaços para diálogos construtivos. Porém, para o debate central da pesquisa o papel das editoras na difusão da cultura e na efetivação do direito de acesso às obras literárias na sociedade contemporânea perpassa pela utilização das novas tecnologias. Nesse ponto, alguns debates têm ocorrido e em todos eles se expõe a dificuldade de se definir o que é mais importante, a disponibilização das obras, a proteção do titular e do criador, o esforço e a compensação para se chegar à comercialização.

Em todo caso, a harmonização dos interesses de titulares e da coletividade é uma ação necessária, visto que por pressuposto fundamental não se pode “suprimir o acesso do público ao livro”²⁸. E nesse ponto se mostra relevante a amplo de debate sobre a reforma da Lei dos Direitos Autorais (LDA) que está em curso no Brasil há mais de uma década²⁹, que deve ser orientado pela ideia, segundo o entendimento de José de Oliveira Ascensão, que o simples reconhecimento da superioridade hierárquica do direito de acesso à cultura em relação ao interesse privado do titular não resolve o problema do acesso, é por isso que “a Lei dos Direitos

²⁷ KIRCHOF, Edgar Roberto. **Como ler os textos literários na era da cultura digital?**. Estudos de Literatura Brasileira Contemporânea. n.47 Brasília Jan./June 2016. On-line version ISSN 2316-4018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2316-40184710>. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁸ DOWBOR, Ladislau. Economia da Cultura Digital. In: SAVAZONI Rodrigo e COHN Sergio (orgs.). **Cultura digital.br**. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009. p. 59.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manuel Joaquim Pereira dos (orgs.). **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 54.

Autorais necessita urgentemente de reforma neste domínio, é unilateral e avarenta”³⁰.

É nesse sentido que a proteção do direito do autor encontra limites que se relacionam diretamente com o interesse público, realidade que deve materializar-se numa ampla reforma da LDA que, com o objetivo de harmonizar os interesses existentes sobre as criações autorais, possa contribuir para a efetivação do direito de acesso como um fator de estímulo ao desenvolvimento, apresentando-se como norte o desafio de conciliar a LDA às relações e padrões sociais presentes no mercado de obras literárias, na cultura digital e a nas novas tecnologias.

3 O NEGÓCIO DO LIVRO E O E-BOOK

Atualmente o negócio do livro - produção, distribuição e venda³¹ -, passa por grandes transformações, tendo mudado bastante nos últimos anos com o desenvolvimento das tecnologias digitais³². Os agentes do mercado editorial estão repensando seus modelos de negócio e a forma de atuação. As pequenas livrarias praticamente desapareceram, as grandes redes permanecem em atividade com grandes dificuldades financeiras, e as editoras têm buscado reforçar a venda direta a seus leitores através de lojas virtuais³³. A verdade é que há muita incerteza sobre o futuro do negócio do livro, com destaque para a participação dos agentes envolvidos, autores, leitores, editores, livrarias, gráficas, e empresas de tecnologia.

No mercado do livro as editoras têm papel destacado para construção da obra intelectual. Ainda que as inovações tecnológicas tenham

³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

³¹ NARDON, Cláudia Neves. **O preço do livro no Brasil**. Consultoria Legislativa, Câmara dos Deputados. 2010. p. 5.

³² EPSTEIN, Jason. **O negócio do livro: passado, presente e futuro do mercado editorial**. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 20.

³³ SILVEIRA, Julio. **Mercado editorial e a sutil arte de ligar o foda-se**. Portal Publishnews. Publicado em 10/08/2018. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2018/08/10/mercado-editorial-e-a-sutil-arte-de-ligar-o-foda-se>. Acesso em 07 jan. 2020.

tornado redundante muitas funções editoriais tradicionais, as editoras exercem um trabalho importante na análise de textos, estratégias de revisão, divulgação, escolha da arte gráfica, apoio durante o desenvolver da obra (técnico, financeiro etc). Com o advento da internet e o vasto volume de conteúdos disponíveis em formato digital, esse novo cenário pode se apresentar tanto como um problema ou como uma oportunidade, e nisso a atividade editorial surge como um diferencial e uma possível solução aliada às novas tecnologias. Ao oferecer serviços de qualidade no mercado, os editores ao colocarem “seus nomes nas obras dos escritores, eles oferecem ao leitor uma garantia e uma orientação”³⁴.

Por outro lado, em relação ao comércio varejista de livro, o cenário atual e as perspectivas de futuro têm se mostrado adversas. Nos últimos anos aquisições e fusões de empresas com atuação na distribuição e venda de obras tornou o mercado muito concentrado³⁵. A atuação no mercado cultural de atores pouco sensíveis às disputas culturais, compromissados apenas com o numérico, a exemplo da presença de empresas de propósito globalizante, pode representar também um perigo à diversidade e à riqueza cultural de um povo³⁶. Em contraponto a esse movimento urge a presença da autoridade pública para garantir a diversidade cultural e a identidade nacional³⁷.

Em 2019, as duas das maiores livrarias nacionais – Saraiva e Siciliano S.A. e a Livraria Cultura S.A – entraram em regime de recupera-

³⁴ SCHIFFRIN, André. **O negócio dos livros**: como as grandes corporações decidem o que você lê. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2006. p. 154.

³⁵ “A venda a varejo (disco, livro), a exploração das salas de exibição (cinema) sofrem diretamente os fenômenos de concentração. Com efeito o distribuidor tenta controlar esses mecanismos para garantir mercado para seus itens de venda” (BENHAMOU, Françoise. **A economia da cultura**. Trad. Geraldo Gerson de Souza. Cotia, SP: Ateliê Editorial. 2007. p. 134).

³⁶ “A entrada de novos participantes pouco sensíveis às disputas culturais não deixa de apresentar um certo perigo. [...] As consequências dessas movimentações de empresas estão cheias de contradições. De um lado, as tendências à uniformização dos produtos correm o risco de acentuar-se com a elevação das apostas financeiras.” (BENHAMOU, Françoise. **A economia da cultura**. Trad. Geraldo Gerson de Souza. Cotia, SP: Ateliê Editorial. 2007. p. 143).

³⁷ BENHAMOU, Françoise. **A economia da cultura**. Trad. Geraldo Gerson de Souza. Cotia, SP: Ateliê Editorial. 2007. p. 144.

ção judicial³⁸, o que evidencia uma mudança do mercado. Nos últimos anos o setor livreiro tradicional sofreu com a forte concorrência, com o aumento da concentração de mercado por parte das grandes livrarias, e com o comércio *on-line* de livros impressos e digitais. A incerteza sobre a sobrevivência das redes de livraria é cada vez maior, a manutenção dos altos custos operacionais exige altas taxas de rotatividade, com a necessidade do fornecimento e venda constante de *best-sellers*, realidade que encontra grande concorrência com os preços praticados no mercado digital³⁹.

As estratégias e o poderio de mercado das grandes livrarias, orientadas pelo capital, e não propriamente pelo interesse particular dos leitores e pela importância do livro, influenciou as decisões empresariais das editoras no período pré-crise. Historicamente a publicação de livros têm sido um negócio de alto risco e baixa lucratividade, e o cenário romântico da compra de livros em que leitor dispensava parte de seu tempo para adquirir livros em livrarias foi se tornando um hábito do passado para grande parte das pessoas, cujo modelo empresarial que durante anos foi de sucesso com o tempo entrou em crise.

Esse panorama de crise é agravado pela limitação física de espaço para estoque e disponibilização nas prateleiras, o que, conforme defendido na teoria da Cauda Longa, tende a ser superado pelo novo mercado de nichos que impõe a possibilidade de acesso *online* ilimitado ao estoque e aos livros.

Novas obras e novos autores muitas vezes necessitam de tempo para serem reconhecidos. Até então a força de mercado das redes de livrarias, com seu poderio de vendas e de publicidade, ao tornar secundário o interesse pelo comércio de livros questionadores devido ao baixo potencial de

³⁸ Tanto a livraria **Saraiva e Siciliano S.A.** como a **Livraria Cultura S.A.** atualmente estão em regime de recuperação judicial, e tiveram seus Planos de Recuperação Judicial aprovados, respectivamente, em 29/08/2019 e 12/04/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/recuperacao-judicial-saraiva.pdf> e <https://www3.livrariacultura.com.br/comunicados/recuperacao-judicial>. Acesso em: 07 jan. 2020

³⁹ EPSTEIN, Jason. **O negócio do livro: passado, presente e futuro do mercado editorial**. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 28.

mercado, implementou uma espécie de censura de mercado⁴⁰. Por outro lado, com a difusão das novas tecnologias, com as mudanças no mercado editorial e varejista, a antiga visão de investimento restrito a *best-sellers* deve ser reavaliada para a sobrevivência dos *players* do mercado, de modo a permitir o maior acesso às obras em geral, sobretudo no ambiente digital.

A oportunidade de investir no mercado do livro, especificamente no ambiente digital foi observada em seu início pelo fundador da Amazon, gigante da tecnologia que se tornou referência mundial em vendas *on-line* de livros:

Ocorre que a seleção é fator muito importante da experiência de compra dos clientes na categoria livros. Também ocorre que não se pode ter um catálogo muito grande de livros no papel; é totalmente impraticável. A cada ano se publicam mais de cem mil livros, e mesmo uma superloja não pode manter todos esses livros em estoque. As maiores superlojas têm 175 mil títulos e só três são desse tamanho. E assim surgiu a idéia: que a Amazon.com seja o primeiro lugar onde se pode encontrar e comprar com facilidade um milhão de livros diferentes. (Jeff Bezos, CEO Amazon⁴¹).

A respeito do livro digital, ou *e-book*⁴², trata-se de uma nova tecnologia que, além de convergir para o desenvolvimento sustentável, permite uma maior difusão do conhecimento pela facilidade de seu acesso, e oferece um dinamismo para a leitura por meio de diversos recursos disponíveis.

A tradicional atividade do editor compreende selecionar obras, contribuir para o processo criativo dos autores, e administrar os aspectos co-

⁴⁰ SCHIFFRIN, André. **O negócio dos livros**: como as grandes corporações decidem o que você lê. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2006. p. 114).

⁴¹ ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: do mercado de massa para o mercado de nicho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 34.

⁴² “*Electronic Book* (n.) Sometimes *ebook*. 1. A Literary Work in the form of a Digital Object, consisting of one or more standard unique identifiers, Metadata, and a Monographic body of Content, intended to be published and accessed electronically” (OeB, Open eBook Forum. A Framework for the Epublishing Ecology, 2000. Disponível em: <www.openebook.org>. Acesso, em 27/12/2019).

merciais do negócio de publicação. No caso dos *e-books* por se tratar de um novo padrão tecnológico propagado no meio virtual, surgiram novas cadeias de eventos no caminho entre a editora e os leitores.

Para Karen Coyle, o modelo de produção dos livros digitais substitui os serviços tradicionais de impressão e encadernação, expedição, armazenamento e varejo, tornando-se num serviço que produz o formato eletrônico da obra depois de realizado o trabalho de seleção e edição. Para a autora, o que há de novo no *e-book* é o surgimento de um produto legível por máquinas. Coyle ressalta que não existe uma tecnologia única que defina o *e-book* como foi o papel, impressão e encadernação na definição do livro impresso, essa variedade de meios permite alcançar o mesmo fim que está redefinindo o livro na era digital⁴³.

Em geral, os agentes que atuam na produção de *e-books* não provêm do tradicional mercado editorial e não têm ligação com o mundo das publicações, são originários dos setores da tecnologia informacional e responsáveis por desenvolver padrões⁴⁴ e tecnologias em criptografia, sistemas confiáveis e certificação. É nesse sentido que o livro digital se apresenta propriamente como uma nova tecnologia, tornando a entrega dos *e-books* um problema tecnológico.

Ainda que a produção do *e-book* consista em um novo serviço, a conversão da obra em formatos digitais (ex. EPUB, PDF e HTML), por seu reduzido custo de comercialização o valor de venda tende a ser inferior ao do livro impresso. Há casos em que a produção de um *e-book* pode ser superior ao do livro impresso, a depender dos recursos interativos propostos para a obra – ilustrações, mídia sonora etc. –, porém ainda assim o valor final de venda de um livro digital é inferior ao do livro impresso⁴⁵.

⁴³ COYLE, Karen. **Stakeholders and standards in the e-book ecology**: or, it's the economics, stupid. Library Hi Tech, 2001, vol.19, no. 4, p. 314.

⁴⁴ São exemplos de entidades que buscam definir padrões: IDPF (OeB) <http://idpf.org/>; DAISY (NISO) Livros de áudio digitais <https://www.niso.org/>; EBX - padrão de gerenciamento de copyright <http://xml.coverpages.org/ebx.html>; XrML <http://www.xrml.org/>; e ODRL <https://www.w3.org/TR/odrl-model/#aimsModel>; ONIX Editeur - <https://www.editeur.org/>.

⁴⁵ "Outra vantagem é o preço. Em alguns casos, o custo de produção é mais baixo; em outros, pode ser mais alto dependendo do grau de recursos interativos a que se propõe a obra.

Já sobre a formação do preço do livro novo, o valor de capa, são considerados diversos elementos como o **custo de produção**⁴⁶ – em alguns casos as editoras antecipam o valor dos direitos autorais aos criadores –, impressão, distribuição, tributos, o que se soma aos custos da editora com edição, revisão, divulgação, exposição e gestão do negócio⁴⁷. Com base nessa realidade, o preço do lançamento do livro na primeira edição é superior ao preço das edições subsequentes, e no caso do mercado secundário, por se tratar de livro usado e livre dos custos de produção e distribuição é de se pressupor que o preço seja inferior ao preço cobrado enquanto novo. Essa realidade é alterada no caso do *e-book*, cujo custo de produção tende a ser menor pela ausência de muitos dos elementos da edição impressa, e no caso das edições subsequentes o custo compreende essencialmente a disponibilização e oferta da obra.

No Brasil há projetos de lei que pretendem, por exemplo, regular o preço do livro, como o PL 49/2015⁴⁸, projeto “Lei do Preço Fixo”, de autoria da senadora Fátima Bezerra, com inspiração na Lei Francesa nº 81-766, de 10 de agosto de 1981⁴⁹. O PL prevê que o preço de capa seja definido pelas editoras e respeitado por todas as livrarias, que poderão conceder no máximo um desconto de 10% durante o primeiro ano do lançamento da obra. E também consistiria em obrigação do editor e do livreiro a “divulgação dos preços ao público de todo seu catálogo” de li-

Mesmo assim, o valor de venda final ao leitor é inferior: um livro digital de alto padrão pode chegar às mãos do leitor por um valor até 60% menor que um livro impresso”. KIRON, Editora. **Livro Digital**. Informativo publicado no Portal Editora Kiron. Disponível em: <http://www.editorakiron.com.br/index.php/livro-digital>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁴⁶ HALLEWEL, Laurence. **O livro no Brasil: sua história**. Trad. Maria da P. Villalobos; Lólio L. de Oliveira e Geraldo G. de Sousa. 3ª ed. São Paulo: Edusp, 2017. p. 625.

⁴⁷ EDITORA TANGERINA. **Para onde vai o dinheiro quando compramos um livro?** 2.ª pergunta da série “perguntas que os leitores fazem ou talvez tenham vontade de fazer”. Portugal: Editora Tangerina, texto publicado em 23/03/2018. Disponível em: <http://planeta-tangerina.blogspot.com/2018/03/para-onde-vai-o-dinheiro-quando.html?m=1>. Acesso em: 07 jan. 2020.

⁴⁸ PL 49/2015, Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119760>. Acesso em: 07 jan. 2020.

⁴⁹ GOVERNO FRANCÊS. Loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre – Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEX-T000006068716&dateTexte=20090602>. Acesso em: 07 jan. 2020.

vros impressos ou eletrônicos. Pela proposta, configura infração ofertar “tratamento não isonômico aos comerciantes intermediários e a oferta de livros a preços inferiores ao estabelecido”.

Sobre a proposta do preço fixo seus defensores argumentam que tende: a) a preservar o mercado livreiro tradicional, com seus diversos pontos de vendas; b) evitar o domínio pelas grandes redes de livrarias, que conseguem ofertar descontos em condições impraticáveis pelas pequenas livrarias; b) a proteger o pluralismo e a presença no mercado dos livros difíceis, em contraponto à política de venda de *best-sellers*. Ressaltam-se entendimentos no sentido de considerar um erro “admitir que os livros têm demanda elástica, e que preços mais baixos gerarão mais vendas”⁵⁰. Ocorre que, considerando a realidade da renda da população brasileira, o preço é um fator de destaque que deve ser considerado, conforme será melhor exposto no tópico seguinte.

O ato de regular o preço do livro tende a não garantir mais acesso às obras pelos leitores, a intervenção na economia para conferir estabilidade ao preço pode atingir a concorrência sadia e reverter em aumento no preço pago pelos consumidores com consequência na redução da venda de livros. A verdade é que o investimento em bens culturais inovadores traz consigo um alto grau de incerteza quanto aos resultados. Um autor que produz obras novas e inovadoras para ter reconhecimento pelo mercado pode levar anos, tempo esse que os atuais modelos de negócios não costumam esperar. É nesse ponto que o Estado por meio de políticas públicas voltadas para o setor cultural do livro pode fazer a diferença no estímulo à diversidade e na preservação da identidade cultural de um povo.

No caso do Brasil, para o incentivo ao mercado de livros a Constituição Federal em seu artigo 150, inciso VI, alínea d⁵¹ estabelece um regime de imunidade tributária incidente sobre “livros, jornais, periódicos e o papel desti-

⁵⁰ HALLEWEL, Laurence. **O livro no Brasil**: sua história. Trad. Maria da P. Villalobos; Lólio L. de Oliveira e Geraldo G. de Sousa. 3ª ed. São Paulo: Edusp, 2017. p. 624.

⁵¹ CF. Seção II - Das Limitações do Poder de Tributar. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

nado à sua impressão”. Referida imunidade foi instituída pelo constituinte originário com o intuito de proteger a liberdade de expressão, a difusão da cultura, a formação cultural do povo, a liberdade de informar e ser informado, o estímulo à divulgação das informações, e evitar o surgimento de entraves a esses mesmos direitos por força da previsão de normas tributárias.

Essa imunidade tributária não se refere apenas ao formato de obras impressas, alcançando também o áudio book, e seu suporte, como o CD-ROM, o livro digital e os “suportes utilizados para a veiculação, alcançando os componentes eletrônicos destinados exclusivamente à integração da unidade didática”⁵². São exemplos dos aparelhos alcançados pela imunidade, os leitores digitais feitos apenas para esse fim mesmo que “eventualmente, estejam equipados com funcionalidades acessórias ou rudimentares que auxiliam a leitura digital, tais como dicionário de sinônimos, marcadores, escolha do tipo e do tamanho da fonte etc”, excluídos os aparelhos multifuncionais, como *tablets*, *smartphone* e *laptops*, equipamentos utilizados para muito além da leitura de livros digitais⁵³. Estão excluídos da imunidade tributária também os fatos geradores relativos à aquisição de equipamentos, maquinários e insumos diversos do papel empregados na edição, impressão e publicação⁵⁴.

O Supremo Tribunal Federal ao interpretar a extensão da imunidade tributária sobre os livros e o papel destinado à sua impressão, e também aos *e-books*, entendeu, nos termos da Súmula Vinculante 57, de 15/04/2020, que o regime constitucional se aplica “à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias”⁵⁵.

⁵² STF – RE 475798 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 15/05/2018, Processo Eletrônico DJe-157 Divulg 03-08-2018 Public 06-08-2018.

⁵³ STF - RE 330817, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2017, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-195 divulg 30-08-2017 public 31-08-2017

⁵⁴ STF - ARE 1062946 AgR, Relator(a): Min. Luiz fux, 1ª Turma, julgado em 06/10/2017, Processo Eletrônico DJe-244 Divulg 24-10-2017 Public 25-10-2017.

⁵⁵ STF - Súmula Vinculante 57: A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrôni-

Apesar desse tratamento, muitas editoras têm realizado a impressão de livros em gráficas chinesas por se apresentarem como opções mais baratas. Em 2012, por exemplo, o mercado editorial brasileiro importou 13,5 mil toneladas de livros da indústria gráfica chinesa. Tal realidade é explicada porque as “editoras enxergaram lá, do outro lado mundo, uma forma de reduzir pela metade o custo de produção e de, assim, levar às livrarias obras 50% mais baratas do que se tivessem sido impressas em território nacional”⁵⁶, o que tem transformado o mercado de impressões no Brasil.

O mercado tem discutido também o impacto da presença de grandes empresas da internet na comercialização de obras. Um exemplo é a atuação da Amazon no mercado de livros impressos e digitais, que, devido ao seu porte, capacidade gerencial e força de mercado, os preços ofertados pela empresa em sua maioria não conseguem ser praticados pelos concorrentes que veem cada vez mais aumentar a participação da gigante da internet no mercado de livros e consolidada a sua tendência monopolista⁵⁷.

4 OS NÚMEROS SOBRE O MERCADO EDITORIAL, E A LEITURA GERAL E DO *E-BOOK* NO BRASIL

Alguns números sobre o mercado editorial brasileiro podem ser vistos na Pesquisa Produção e Vendas do Setor Editorial Brasileiro, realizada pela Fipe desde 2006. Na pesquisa são analisados diversos dados do setor, desde o panorama geral como o comportamento dos subsetores do mer-

co (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias. (Aprovada em sessão plenária de 15/04/2020).

⁵⁶ TARDÁGUILA, Cristina; e MEIRELES, Maurício. **Com preços até 50% menores do que no Brasil, gráficas chinesas seduzem editoras nacionais**. Rio de Janeiro: Jornal O Globo, Cultura. Matéria publicada em 21/05/2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/com-precos-ate-50-menores-do-que-no-brasil-graficas-chinesas-seduzem-editoras-nacionais-8444947>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁵⁷ (LINDOSO, Felipe. **O ‘censo’ do Livro Digital**. Portal Publishnews. Publicado em 04/09/2017. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2017/09/01/o-censo-do-livro-digital>. Acesso em: 07 jan. 2020).

cado editorial, como a venda de livros didáticos (DID), obras gerais (OG), religiosos (REL), científicos, técnicos e profissionais (CTP)⁵⁸.

A respeito do faturamento do mercado livreiro, compreendidas as vendas realizadas tanto no mercado em geral como para o governo, entre 2017 e 2018 o setor sofreu uma redução de 0,92%⁵⁹, e desde o início da pesquisa (2006) até 2018, as vendas retraíram 25%. O melhor ano para a mercado do livro foi em 2011, quando o faturamento total alcançou o valor de R\$ 7,2 bilhões de reais⁶⁰.

No período total da pesquisa o número de exemplares vendidos teve um discreto crescimento, saltando de 318,6 milhões (2006) para 352 milhões (2018)⁶¹.

A variação do preço médio de mercado do livro entre 2017 e 2018 teve alta de 2,37%, ficando a média dos quatro subsectores em R\$ 18,19⁶², porém entre 2006 a 2018 o preço médio dos livros diminuiu 34%, o que explica a redução do faturamento do setor no mesmo período⁶³.

⁵⁸ FIPE. Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. **Produção e Vendas do Setor Editorial Brasileiro, ano base 2018**. FIPE, 2018. Disponível em: https://snel.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Apresentacao_pesquisa_ano_base_2018_imprensa.pdf. Acesso em: 24 jan. 2020.

⁵⁹ **Faturamento total em números por ano (R\$ milhões de 2018)**: 6.788,74 (2006) 5.360,82 (2017); 5.119,45 (2018).

⁶⁰ Série histórica 2006 a 2018; FIPE. Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. **Desempenho Real do Mercado Livreiro, anos 2006 a 2018**. FIPE, 2018. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/estaticos/uploads/2019/05/e50sYDA1hK5iZ-31SUFjR5tqIaHp5Rxx7JPut8q3n3t3SNUIUBt4T55YrJsJcXxMYNfu3ICADJpP7agzm.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁶¹ Publishnews, Redação. **Nos últimos 13 anos, setor editorial encolheu 25%, aponta Fipe**. Matéria publicada no site Publishnews, em 28/05/2019. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2019/05/28/nos-ultimos-13-anos-setor-editorial-encolheu-25-aponta-fipe>. Acesso em: 15 jan. 2020. Ver também FIPE. Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. **Desempenho Real do Mercado Livreiro, anos 2006 a 2018**. FIPE, 2018. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/estaticos/uploads/2019/05/e50sYDA1hK5iZ31SUFjR5tqIaHp5Rxx7JPut8q3n3t3SNUIUBt4T55YrJsJcXxMYNfu3ICADJpP7agzm.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁶² Variação de 2017 a 2018, livros: a) Didáticos 32,82 / 34,65; b) Gerais 10,83 / 11,60; c) Religiosos 9,15 / 9,49; d) CTP – científicos, técnicos e profissionais: 44,79 / 46,53.

⁶³ CBL, Câmara Brasileira de Livro. **Setor editorial brasileiro encolheu 25% entre 2006 e 2018**. Notícia publicada no site da CBL, em 28/05/2019. Disponível em:

4.1 Mercado do livro digital

Apresentados os números do setor editorial impresso, passa-se ao mercado do livro digital. Inicialmente, é necessário conhecer alguns marcos sobre o surgimento do livro digital. Apesar de relatos apontarem o nascimento da obra digital em 1971, quando Michael S. Hart publicou a versão eletrônica da Declaração de Independência dos Estados Unidos, o fato é que o *e-book* se popularizou a partir do lançamento nos EUA do leitor digital Kindle, da Amazon, em novembro de 2007. No Brasil, em 2009, a loja virtual Gato Sabino foi a pioneira no comércio de *e-books* – suas atividades se encerram em 2015⁶⁴. Um dia marcado como divisor de águas do livro digital no Brasil ocorreu em 05/12/2012, quando Amazon, Google e Kobo lançaram suas lojas virtuais. E assim como ocorreu nos EUA, no Brasil foi a chegada da Amazon que acelerou o mercado do digital⁶⁵.

Em relação aos números do mercado dos livros digitais⁶⁶, a participação dos *e-books* nas vendas das editoras brasileiras teve crescimento

<http://cbl.org.br/imprensa/noticias/setor-editorial-brasileiro-encolheu-25-entre-2006-e-2018>. Acesso em: 24 jan. 2020.

⁶⁴ MOREIRA, Daniela. **Gato Sabido desbravou mercado de e-books no Brasil**. Matéria publicada no site Exame, em 05/02/2013. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/pme/gato-sabido-desbravou-mercado-de-e-books-no-brasil/>. Acesso em 15 jan. 2020. E ainda: ver NETO, Leonardo. **Xeriph desiste de negociações e segue sozinha na distribuição de livros digitais**. Informativo publicado no Blog Livrus: Livrus Negócios Editoriais, em 15/04/2015. Disponível em: <https://ebookpress.wordpress.com/tag/gato-sabido/>. Acesso em: 15 jan. 2020).

⁶⁵ CARRENHO, Carlo. **O que os livros digitais representam para o aumento da leitura? O que diz a Retratos da Leitura sobre quem lê nesse suporte?** In: Retratos da leitura no Brasil. 4ª ed. Zoara Failla (org.). Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 101-102.

⁶⁶ “É de se observar que as pesquisas sobre o mercado do livro digital, seja sobre no âmbito nacional ou internacional, tem encontrado dificuldades de acesso às informações, de modo que os números representam estimativas baseadas em dados fornecidos por algumas empresas de forma espontânea. V. CARRENHO, Carlo. **Livros digitais são 6,89% do mercado trade no Brasil, aponta Global eBook**. Matéria publicada no site Publishnews, em 15/05/2017. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2017/05/15/livros-digitais-sao-689-do-mercado-trade-no-brasil-aponta-global-ebook>. Acesso em: 24 jan. 2020). Ver também: ANDERSON, Porter. **2017 Global Ebook Report: as many stories as markets**. Matéria publicada no site Publishing Perspectives, em 15/05/2017. Disponível em: <https://publishingperspectives.com/2017/05/global-ebook-report-2017-many-markets/>. Acesso em: 24 jan. 2020.

nos anos de 2012 a 2016 – respectivamente de 0,5%, 2,5%, 3,5%, 4,27% e 6,89%⁶⁷. Sobre a participação dos principais *players* no mercado brasileiro do *e-book*, em 2016, foi observado da seguinte forma: Amazon (55%), Google (18%), Apple (13%), Saraiva (8%) e Kobo (6%)⁶⁸.

Nos EUA, os números da *Association of American Publishers* (AAP), em 2015, indicaram a participação de 19,80% dos *e-books* no faturamento de seus associados, esse número indica 30% do total de vendas unitárias realizadas, tendo em vista o preço do *e-book* ser mais barato que o impresso. Já quanto à participação no faturamento, desde 2009 tem sido observada uma diminuição de crescimento – por exemplo, 2009 (356%), 2010 (199%), 2012 (44%), 2013 (-0,7%), 2014 (4,7%) e 2015 (-13,2%)⁶⁹.

No Brasil, em 2016 foram comercializados 2.751.630 livros digitais, com o preço médio de R\$ 12,52, alcançado o faturamento de R\$ 34.446.595,21. E se somado ao faturamento de conteúdos fracionados e o aluguel/assinatura⁷⁰, o faturamento total do setor foi R\$ 42.543.916,96. Em relação à participação no faturamento do mercado editorial em geral (impresso e digital), o *e-book* representou 1,09% das vendas⁷¹.

A panorama sobre o futuro do *e-book* ainda é incerto, as expectativas são positivas em relação à adesão entre os leitores, especialmente devido à sua facilidade de acesso e ao potencial de redução de preço. O fato

⁶⁷ CARRENHO, Carlo. **Livros digitais são 6,89% do mercado trade no Brasil, aponta Global eBook.**

Matéria publicada no site Publishnews, em 15/05/2017. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2017/05/15/livros-digitais-sao-689-do-mercado-trade-no-brasil-aponta-global-ebook>. Acesso em: 24 jan. 2020.

⁶⁸ CARRENHO, Carlo. **O que os livros digitais representam para o aumento da leitura? O que diz a Retratos da Leitura sobre quem lê nesse suporte?** In: Retratos da leitura no Brasil. 4ª ed. Zoara Failla (org.). Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 101.

⁶⁹ CARRENHO, Carlo. **O que os livros digitais representam para o aumento da leitura? O que diz a Retratos da Leitura sobre quem lê nesse suporte?** In: Retratos da leitura no Brasil. 4ª ed. Zoara Failla (org.). Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 102.

⁷⁰ Faturamento: conteúdos fracionados, R\$ 3.619.685,59, e aluguel/assinatura R\$ 4.477.636,16.

⁷¹ FIPE. Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. **Senso do Livro Digital, ano base 2018.** FIPE, 2016. Disponível em: <https://snel.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/02/Apresentacao-Censo-do-Livro-Digital.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2020.

é que ambos formatos do livro, impresso e digital, coexistirão ainda por muito tempo, e o anúncio do fim da publicação impressa possivelmente não será tratado pelas gerações presentes.

É nesse contexto que precisamos entender o livro digital no Brasil e no mundo. Trata-se de uma tecnologia de adoção muito recente e que se encontra em sua infância, quicá adolescência. Não podemos, portanto, considerar o advento dos livros digitais como um processo finalizado, ou seja, temos que analisá-lo como uma história em seu início. É absolutamente impossível afirmar o sucesso ou o fracasso do suporte digital para o livro neste momento. Estaríamos avaliando o carro em pleno movimento. E também é dessa forma que devemos encarar o resultado da pesquisa Retratos da Leitura no que se refere aos suportes digitais⁷².

Pelos números apresentados, apesar da crise das redes de livrarias e editoras, a leitura de livros não reduziu, o que tem acontecido é que o comércio ganhou novos contornos no âmbito digital, com a venda de livros impresso e digitais.

4.2 A cultura da leitura no Brasil

O diagnóstico da leitura no Brasil demonstra que há muito espaço para crescimento. Os números do hábito de leitura do brasileiro indicam uma melhora no percentual de *leitores*⁷³ entre 2011 e 2015, de 50% para 56%, número ainda considerado baixo, especialmente se considerado que 44% da população é de não leitores⁷⁴.

⁷² CARRENHO, Carlo. **O que os livros digitais representam para o aumento da leitura? O que diz a Retratos da Leitura sobre quem lê nesse suporte?** In: Retratos da leitura no Brasil. 4ª ed. Zoara Failla (org.). Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 102.

⁷³ A pesquisa adota o seguinte critério: **Leitor** - quem leu, inteiro ou em partes, pelo menos 1 livro nos últimos 3 meses. **Não Leitor** - quem declarou não ter lido nenhum livro, inteiro ou em partes, nos últimos 3 meses, mesmo que tenha lido nos últimos 12 meses.

⁷⁴ FAILLA, Zoara [org.]. **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 185.

A respeito dos números sobre o gosto pela leitura⁷⁵ e de livros lidos⁷⁶ esses apresentaram uma evolução de 2011 a 2015 – os que declararam gostar ou gostar muito aumentou de 62% para 73%; e o número de livros lidos por ano, tanto inteiros como em parte, de 4,0 para 4,96. Sobre o número de livros lidos é de se destacar que a leitura entre os jovens até 24 anos é superior à média geral, e quanto maior a escolaridade e a renda, maior é o hábito de leitura. Outro número também expressivo é o percentual de pessoas que nunca comprou um livro, compreendendo 30% dos entrevistados⁷⁷.

Em relação ao que significa a leitura para os brasileiros, a pesquisa apontou que para 49% traz conhecimento; 23% traz atualização e crescimento profissional; 22% ensina a viver melhor; 17% ajuda a vencer na vida (financeiro); 16% é uma atividade interessante; 15% facilita a aprendizagem; e apenas para 13% é uma atividade prazerosa. A leitura não deve ser vista apenas para adquirir conhecimento, o hábito de ler bons livros deve servir também para proporcionar prazer. Ter a leitura como forma de acesso ao conhecimento, crescimento pessoal e social, e especialmente como uma atividade prazerosa é fundamental para ampliar o interesse pelos livros.

Em relação aos dados sobre barreiras para leitura, destacam-se três números a) 77% dos leitores gostariam de ter lido mais, o que indica a sensibilidade da importância e do prazer da leitura, bem como um considerável potencial de crescimento de leitura efetiva; b) 43% dos leitores alegam não ter lido por falta de tempo, realidade essa acentuada pela vida em grandes metrópoles; c) entre não leitores 20% afirmaram não saber ler⁷⁸.

⁷⁵ Evolução do gosto pela leitura, anos 2011 e 2015: Não gosta, de 30% para 23%; Gosta um pouco, de 37% para 43%; Gosta muito, de 25% para 30%. (FAILLA, Zoara [org.]. **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 202).

⁷⁶ Evolução da leitura, anos de 2001 e 2015: Livros lidos por ano (inteiros ou em parte), de 4,0 para 4,96; sendo livros lidos inteiros, de 2,1 para 2,43; e livros lidos em partes, de 2,0 para 2,53. (FAILLA, Zoara [org.]. **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 252).

⁷⁷ FAILLA, Zoara [org.]. **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 270.

⁷⁸ FAILLA, Zoara [org.]. **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 228.

Um dado que acentua o panorama negativo da leitura no Brasil é o Indicador de Alfabetismo Funcional (INAF), publicado em 2018. Como resultado a pesquisa apurou que cerca de 29% da população é considerada de analfabetos funcionais – 3 entre cada 10 brasileiros –, os quais apresentam muita dificuldade para a leitura, escrita e realização de operações matemáticas em situações cotidianas⁷⁹.

No caso do Brasil, políticas públicas educacionais e a atuação de agentes na educação têm centrado esforços na formação para o mercado, deixando o estímulo à formação de leitores e ao desenvolvimento do hábito da leitura em segundo plano:

[...]. Há indícios de que a cultura brasileira não estimula o hábito da leitura. [...] os pessimistas parecem levar vantagem na discussão. Possuem, certamente, impressionante coleção de fatores supostamente inibidores do desenvolvimento natural do amor pela leitura. [...] os esforços oficiais tendem a enfatizar demais a oferta de instrução e a dar pouquíssima atenção à falta de motivação para ler, e até mesmo de oportunidade de fazê-lo, na maioria das zonas rurais. Realmente, a taxa máxima de alfabetização é alcançada, não na época de escolaridade obrigatória, mas depois da entrada no mercado de trabalho. Parece que, para cada geração como um todo, o processo de alfabetização continua durante toda a vida de trabalho [...]. Em contrapartida, parece que, para muitos, a leitura constitui apenas uma ajuda essencial para ganhar o pão e que, depois da aposentadoria, essa capacidade pode morrer por desuso⁸⁰.

A título de comparação, na França, em 2019, conforme a pesquisa “Les Français et la lecture, 2019”: a) 88% se declararam leitores; b) em média os franceses leem 21 livros por ano, sendo 17 em formato impresso e 4 em digital; c) 69% gostaria de ler mais livros; d) o mercado secundário

⁷⁹ Instituto Paulo Montenegro e Ação Educativa. **Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf)**. IBOPE Inteligência: 2018. Disponível em: <https://ipm.org.br/relatorios>. Acesso em: 12 fev. 2020. p. 8.

⁸⁰ HALLEWEL, Laurence. **O livro no Brasil: sua história**. Trad. Maria da P. Villalobos; Lólio L. de Oliveira e Geraldo G. de Sousa. 3ª ed. São Paulo: Edusp, 2017. p. 785, 787 e 793-794.

de livros está crescendo, assim como o mercado do livro digital, e sobre esse 24% dos franceses leram um livro digital, seguindo uma tendência de aumento desde 2017, especialmente para jovens entre 15 e 24 anos, dos quais 47% leram pelo menos um livro digital no ano; d) 96% dos leitores leem por prazer, 94% para aprender coisas e 73% a serem felizes e realizados. Os franceses associam a leitura principalmente como uma fonte de prazer e descoberta de novos conhecimentos, sendo a busca pela realização pessoal uma expectativa também forte dos franceses⁸¹.

Esses dados sobre o Brasil embora apresentem uma realidade conjuntural negativa no âmbito da educação e da cultura de leitura de livros, apontam uma evolução dos indicadores, e também que há muito espaço para melhorias, em especial pelo fato do hábito de leitura de livros ser maior entre os jovens. E nesse aspecto é destacável para o presente trabalho a importância da difusão das novas tecnologias como fator de desenvolvimento e de acesso aos bens intelectuais.

4.3 Leitura do livro digital

Para refletir sobre os números do mercado editorial digital é importante conhecer também a realidade da leitura geral e dos livros digitais no Brasil. Para tanto, apresenta-se as pesquisas TIC Domicílios (2019)⁸² e Retratos da Leitura (2016)⁸³.

Inicialmente, destaca-se os números sobre o acesso à internet. Pessoas que declararam já ter utilizado a rede mundial de computadores em

⁸¹ CNL, Centre National du Livre. **Les Français et la Lecture, 2019**. França. Disponível em: https://www.centrenationaldulivre.fr/fichier/p_ressource/17602/ressource_fichier_fr_les.frana.ais.et.la.lecture.2019.03.11.ok.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

⁸² CGI, Comitê Gestor da Internet no Brasil. **TIC DOMICÍLIOS 2018: Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros**. [Livro eletrônico]. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 24 jan. 2020.

⁸³ FAILLA, Zoara (org.) **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

2016 representou 67% dos entrevistados, sendo que desses, 63% utilizaram nos últimos três meses^{84, 85}. Em 2018, a pesquisa TIC domicílios indicou uma melhora nesses números, respectivamente para 77% e 70%⁸⁶. Em 2011, 54% dos entrevistados afirmaram não acessar Internet, realidade que reduziu para 33% em 2015, e para 23%, em 2018.

Entre leitores, 81% dos entrevistados se declararam usuários de Internet, percentual que aumenta para 88% entre os que estão estudando.

Em relação à pergunta se “já ouviu falar em livro digital?”. Em 2011, a resposta foi positiva para 33% dos entrevistados, aumentando para 41% em 2015, sendo que desses apenas 26% já leram um livro digital⁸⁷.

A respeito da leitura do livro digital, entre leitores 34% já leram um livro digital, percentual que sobe para 38% entre aqueles que declararam gostar muito de ler⁸⁸.

Em relação ao tipo de dispositivo de leitura digital utilizado por quem já leu um *e-book*, o acesso ocorreu por: celular ou *smarthphone* (56%), computador (49%), *tablet* (18%) e leitores digitais (4%). Atualmente 83% da população possui celular. A popularização desses aparelhos devido a portabilidade e a dinâmica dessa tecnologia, em especial na realidade do *smarthphone* e das redes 4G e 5G, tem contribuído de forma decisiva não

⁸⁴ FAILLA, Zoara (org.) **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 256.

⁸⁵ A pesquisa TIC domicílios, publicada em 2019, indica números semelhantes em relação ao percentual de domicílios com acesso à internet no Brasil, sendo 67% o total. E os principais meios com que a conexão é feita, destaca-se: banda larga fixa (62%), via cabo de TV ou fibra ótica (39%) e via conexão móvel 3G ou 4G (27%).

⁸⁶ CGI, Comitê Gestor da Internet no Brasil. **TIC DOMICÍLIOS 2018: Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros**. [Livro eletrônico]. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, [editor]. São Paulo: Comitê CGI, 2019. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 24 jan. 2020. p. 285.

⁸⁷ FAILLA, Zoara (org.) **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 256.

⁸⁸ FAILLA, Zoara (org.) **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 261.

apenas para navegar no ambiente digital, mas para desenvolver a leitura e o acesso ao *e-book*.

Sobre as formas de acesso a livros digitais, em 2011, dentre os que leram um livro digital 87% afirmaram ter baixado gratuitamente, número que se manteve estável em 2015 (88%). E sobre os tipos de livros digitais que mais lê, destaca-se: literatura (57%), livros técnicos para formação profissional (33%), livros escolares ou didáticos (21%), religiosos/bíblia (8%), demais (6%)⁸⁹.

Na França, o mercado do livro digital tem aumentado, metade dos jovens de 15 a 24 anos leram ao menos um livro nesse formato em 2019, sendo que o primeiro meio de leitura é o *smartphone*. Entre 2017 e 2019, aumentou o percentual de franceses leitores livros digitais, de 19% para 24%, como também de livros digitais lidos, de 3 para 4⁹⁰.

Os números da pesquisa TICs domicílios e retratos da leitura no Brasil permitem algumas considerações⁹¹. Um fato importante a destacar é que se tornou uma realidade para a maioria da população o acesso à internet e às tecnologias digitais. Por outro lado, o desenvolvimento da cultura da leitura de livros em formato digital está longe da realidade da população, o que é indicado pela baixa representatividade do faturamento dos *e-books* (1,09%) no mercado editorial em geral.

A explicação para o baixo consumo do livro digital no Brasil pode encontrar relação com o hábito de leitura. Apesar do acesso às tecnologias digitais e da expressiva utilização da internet para leitura ser uma realidade no Brasil⁹², o uso das TICs não tem sido suficiente para contribuir à

⁸⁹ FAILLA, Zoara (org.). **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 261-264.

⁹⁰ CNL, Centre National du Livre. **Les Français et la Lecture, 2019**. França. Disponível em: https://www.centrenationaldulivre.fr/fichier/p_ressource/17602/ressource_fichier_fr_les.frana.ais.et.la.lecture.2019.03.11.ok.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

⁹¹ Nesse sentido é destacável: CARRENHO, Carlo. **O que os livros digitais representam para o aumento da leitura? O que diz a Retratos da Leitura sobre quem lê nesse suporte?**. In: FAILLA, Zoara (org.). **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 99-112.

⁹² Dados informados na pesquisa Retratos da leitura no Brasil, 2016: Atividades que realiza na Internet: Troca de mensagem por aplicativo (66%); Enviar e receber e-mail

leitura de *e-books*. A atividade de leitura a partir do acesso à internet coloca o livro em quarta colocação⁹³ (15%), e se considerado a predominância da leitura de notícias (52%), estudos escolares (35%) e pesquisas para aprofundar conhecimentos de interesse (32%), a quarta posição do *e-books* não chega a ser incômoda, o problema do diagnóstico é o percentual apresentado que indica o fato da cultura de ler textos longos em aparelhos digitais está longe de ser realidade para a grande maioria da população.

Os maiores consumidores de livros digitais são os leitores habituais, perfil de usuário considerado mais curioso e propenso a novas experiências. Ocorre que mesmo nessa categoria o percentual daqueles que declaram ter lido um *e-book* é considerado baixo (34%), o que ressalta mais uma vez a baixa adesão a esse tipo de leitura.

A questão do preço também contribui para o baixo consumo de *e-books* no Brasil. O preço médio do livro digital tem permanecido próximo ao do livro impresso. A formação do preço tende a seguir estratégias como a publicação por editoras com a venda através de plataformas digitais, mantendo como parâmetro os preços cobrados na versão impressa, ou a publicação de forma independente, que favorece a venda em massa por preços mais baixos. Independente da estratégia de publicação, enquanto o preço do livro digital permanecer próximo ao livro impresso o desenvolvimento de uma cultura de leitura digital caminhará a passos lentos, e nesse ponto o fator preço pode se apresentar como estímulo ou barreira para a população brasileira.

A difusão da leitura do livro digital passa pela construção de uma cultura geral que privilegie a formação de leitores e de mediadores de lei-

(54%); Acessar redes sociais, blogs ou fóruns (50%); Trabalhar ou buscar informações sobre o trabalho ou profissão (36%). (FAILLA, Zoara [org.] **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 257).

⁹³ Atividades relacionadas à leitura que realiza na internet: Ler notícias e informações em geral (52%); Estudar, fazer trabalho escolar ou pesquisar temas escolares (35%); Aprofundar conhecimento sobre temas do seu interesse (32%); Compartilhar em blogs, fóruns ou nas redes sociais sobre literatura, temas de livros, autores, trechos de livros etc (19%); Ler jornais (16%); **Ler livros** (15%); Buscar informações sobre leituras (13%), Ler revistas (11%), Escreve em blogs ou em redes sociais sobre leituras (8%), Participam de elaboração coletiva de histórias (2%). (FAILLA, Zoara [org.] **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 259).

tura, devendo-se apresentar o *e-book* como uma alternativa viável e mais acessível, seja pelo uso da tecnologia ou por seu preço. E como o hábito da leitura é uma construção que vem da infância, a influência de terceiros mediadores para despertar seu interesse é fator determinante, a destacar a participação dos pais e professores para levar experiências e o gosto pela leitura às crianças desde a infância⁹⁴. Por isso os professores em sua formação precisam ser provocados à cultura da leitura, para assim incentivar tal hábito aos alunos⁹⁵.

De acordo com os números apresentados, ainda que a maioria da população tenha acesso à internet e às tecnologias digitais, a tendência no médio prazo é a manutenção do predomínio acentuado da produção e consumo do livro impresso, pois não se tem observado movimentos que anunciem uma mudança substancial na cultura de leitura do livro digital. A difusão do *e-book* tem espaço para crescimento, e questões como desenvolvimento da cultura de leitura, estímulo ao hábito da leitura digital, e atenção para o preço, são pontos que não podem passar despercebidos na relação entre novas tecnologias e a efetivação do acesso. A regulação e o desenvolvimento de políticas públicas de incentivo para publicação e consumo do livro digital encontram fundamento no direito fundamental de acesso à cultura e no reconhecimento do livro como um fator para o desenvolvimento e para o progresso humano.

5 A “CAUDA LONGA” E A “REGRA DOS 98%”: O NOVO MERCADO DE NICHOS

Na abordagem do negócio do livro é importante considerar algumas características do novo mercado da cultura, pautado no acesso e na diversidade, e profundamente influenciado pelas tecnologias digitais.

⁹⁴ FAILLA, Zoara [org.]. **Retratos da leitura no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

⁹⁵ SOMBINI, Eduardo. **Jovens leem mais no Brasil, mas hábito de leitura diminui com a idade**. 3º Seminário Economia da Arte. Folha de São Paulo. Matéria publicada em 28/09/2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2019/09/jovens-leem-mais-no-brasil-mas-habito-de-leitura-diminui-com-a-idade.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Uma análise nesse sentido é feita com propriedade por Chris Anderson, na obra *Long Tail* (ou *Cauda Longa*)⁹⁶. Ainda que seus estudos tenham origem no âmbito das indústrias do entretenimento e da mídia, o autor afirma que a teoria apresenta ressonância em diversos setores, pois tem a ver com a economia da **abundância, e se impõe quando os gargalos** entre a oferta e demanda em nossa cultura começam a desaparecer com o surgimento de uma realidade que contraria a escassez tradicional, o que tende a tornar tudo disponível para todos.

O autor defende o surgimento de uma curva da demanda sem os filtros da escassez de espaço e de acesso. Nesse novo cenário econômico **é observada** uma otimização com base na ampliação da diversidade, em superação da “era dos *hits*” quando o escopo se restringia à oferta de sucessos. O novo mercado se tornou maior, e essa ampliação está pautada no aumento da oferta de produtos diversos, como livros, músicas e filmes, sob a ótica de que diversidade e acesso estão num caminho comum e de convergência.

O mercado tradicional pautado na ideia de escassez exige perenidade de grandes sucessos. Nessa lógica, se há limites físicos e poucos espaços nas prateleiras, nos cinemas, nos programas de televisão e de rádio, o mercado busca preencher tais espaços com obras com maior potencial de venda. Isso cria um **círculo vicioso** em que a única oferta é de *best-sellers*, limitando as vendas e o consumo a tais obras. E, como efeito, é observada uma restrição relativa ao acesso à diversidade cultural, o que configura censura de mercado, empobrecimento cultural e provoca um desestímulo ao surgimento de novas criatividade.

Na teoria da *Cauda Longa* a tecnologia tem proporcionado a transformação do mercado de massa, até então regido por poucas empresas, para um mercado fragmentado composto por uma quantidade significativa de nichos. E cada vez mais se observa a conversão do mercado de massa para o mercado de nichos, concebendo, desse modo, o mercado dos consumidores em rede.

⁹⁶ ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: do mercado de massa para o mercado de nicho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

Na pesquisa o autor apurou um case de vendas digitais de músicas pela Ecast, uma espécie de “junkebox digital” com 10.000 álbuns disponíveis. De início ele supôs que a cada trimestre a empresa vendesse ao menos uma faixa dos cerca de 50% dos álbuns disponíveis. Ele sabia que a experiência convencional de vendas poderia indicar para a regra do 80/20, em que 20% dos produtos respondem por 80% das vendas, e geralmente por 100% dos lucros. Porém, como resultado ele percebeu que no mundo digital essa regra não se aplica, sobretudo devido às facilidades proporcionadas pela tecnologia, que permite o acesso ilimitado às **prateleiras digitais** e aos recursos de pesquisa. E diferente do que imaginava, a resposta o surpreendeu, pois 98% dos 10.000 álbuns vendia ao menos uma faixa a cada trimestre.

Surgiu assim a “Regra dos 98%”. Esse percentual de vendas acabou sendo verificado nas vendas da iTunes (Apple), da Netflix e da Amazon no comércio de livros⁹⁷. Esse dado demonstra que a demanda por conteúdo digital que não são *hits* pode ser ilimitada. E ainda que as vendas de todos os conteúdos não sejam em grandes volumes, por se tratar de “bits num banco de dados, cujo armazenamento e entrega custam praticamente nada”, a soma dessas pequenas vendas gera receitas significativas⁹⁸.

A partir dessa análise resta claro que o mercado dos bens intelectuais, com destaque para livros, músicas e filmes – bens intangíveis cuja possibilidade da disponibilização no ambiente digital é ilimitada –, é di-

⁹⁷ “A Amazon não forneceu números exatos, mas pesquisas acadêmicas independentes sobre suas vendas de livros sugeriram que 98% de seus 100 mil livros mais importantes geraram pelo menos uma venda por trimestre”. (ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: do mercado de massa para o mercado de nicho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 10).

⁹⁸ “Vann-Adibé descobriu que o mercado agregado para músicas de nicho era enorme e efetivamente sem fronteiras. E denominou essa situação de “Regra dos 98%”. Tempos depois, ele me disse mais ou menos o seguinte: ‘Num mundo em que o custo da embalagem é praticamente zero, com acesso imediato a praticamente qualquer conteúdo nesse formato, os consumidores apresentam um comportamento consistente: olham para praticamente tudo. Acho que isso exige grandes mudanças por parte dos produtores de conteúdo — apenas não sei que mudanças são essas!’”. (ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: do mercado de massa para o mercado de nicho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 9).

retamente atingido pelas transformações da nova economia de nichos pautada na diversidade e nas facilidades de acesso proporcionadas pelas tecnologias digitais.

A economia do entretenimento no contexto digital da sociedade em rede deveria anunciar um mercado descentralizado, oferecendo aos leitores uma possibilidade quase infinita de acesso aos livros, porém tal cenário ainda não é observado. Muitas obras literárias não estão disponíveis no ambiente digital. O problema se torna mais acentuado no caso das obras com edições impressas esgotadas. É nesse ponto que o acesso digital das obras deve ser visto como um fator de desenvolvimento social e econômico. Tecnologia há, mercado há, interesse social há, o que não há é iniciativa e um olhar pelo titular sobre a relevância do acesso.

6 FALHAS DE MERCADO, REGULAÇÃO E AS LICENÇAS COMPULSÓRIAS

Ao analisar a relação entre equidade e eficiência, ou justiça e mercado, observa-se que o mercado tem um papel significativo mesmo em contextos não mercadológicos. E nesse cenário o Direito exerce um papel fundamental para: a) promover as condições necessárias para uma transação efetiva, por exemplo, delimitando os direitos de propriedade, assegurando o cumprimento dos contratos, prevenindo fraude e reduzindo os custos de transação; ou b) corrigir falhas de mercado, por exemplo, removendo obstáculos para trocas e acessos, estabelecendo leis antitrustes e regulando externalidades negativas⁹⁹.

É conclusivo que equidade e eficiência caminham juntas para construir uma sociedade justa, e a consecução desse objetivo não ocorre a partir da relativização de valores nem da concepção do Direito como guardião do livre mercado. A equidade e a justiça devem prevalecer sobre a eficiência e o mercado, especialmente quando o que está em jogo é o interesse público e a dignidade das pessoas. Os **direitos** são triunfos po-

⁹⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008. pp. 154 e 159. Ou ainda, COOTER, Robert, ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6th ed. Addison-Wesley. 2011. p. 39.

líticos¹⁰⁰ que os indivíduos têm frente à prepotência do Estado e à tirania do mercado¹⁰¹.

Na teoria econômica quando os mercados reais se afastam do ideal ocorrem as denominadas falhas de mercado¹⁰². Na relação entre Direito e Economia evidencia-se o propósito da regulação jurídica em corrigir falhas de mercado para atingir o ótimo social.

No caso das criações intelectuais recorda-se que o mercado da criatividade surgiu e passou a ser tutelado a partir da concepção de um modelo de regulação jurídica que deu vida aos sistemas de patentes e de direitos autorais. Esse reconhecimento das criações como bens com valor econômico passa pela regulação jurídica do Estado, responsável por conceder aos titulares um direito exclusivo de exploração da uma atividade econômica. É assim que a regulação da propriedade intelectual se justifica como uma solução à falha de mercado presente na não-rivalidade e na inesgotabilidade das criações intelectuais¹⁰³.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martons Fontes, 2002. Introdução p. XV.

¹⁰¹ VASQUEZ, Rodolfo. **Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho**. In: ISONOMIA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho N° 05. Alicante: Universidad de Alicante, 1996, p. 99-125.

¹⁰² COOTER e ULEN indicam quatro falhas de mercado: 1. Monopólio e Poder de Mercado; 2. Externalidades; 3. Bens Públicos; 4. Severa Assimetria de Informações. (COOTER, Robert, ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6th ed. Addison-Wesley. 2011. pp. 38-42). NUSDEO indica a existência de 5 falhas de mercado: 1. Rigidez de fatores: falha de mobilidade; 2. Acessos às informações relevantes: falha de transparência; 3. A concentração econômica: falha de estrutura; 4. Externalidades: falha de sinalização; 5. Bens coletivos: falha de incentivo; a esses o autor acrescenta também “uma falha analítica e institucional: os custos de transação” (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008. pp. 138-164). E RIBEIRO também destaca a teoria sobre falha de mercado como acessória à aplicação da AED, sendo as falhas de mercado analisadas sob a perspectiva da: *a assimetria de informação, o poder econômico e as estruturas de mercado, as externalidades*; (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira y GALESKI Jr., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. Contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 71-114).

¹⁰³ “O problema da não-apropriabilidade representa uma falha do mercado. Isso porque o montante de inovação produzido será abaixo do ótimo quando o inovador não conseguir se apropriar do valor social de sua inovação”. (TIM, Luciano, e CAOVIALLA, Renato. **As Teorias Rivalis sobre a Propriedade Intelectual no Brasil**. Universidade Católica de Brasília, UCB. Revista EALR, v. 1, nº 1, p. 49-77, Jan-Jun, 2010. Disponível

O fato é que um modelo de mercado pautado na liberdade jurídica, idealizado na falsa premissa de que a autoregulação encontraria o ótimo social, ao permitir a livre apropriação das obras por todos, não garante ao autor o devido reconhecimento e proteção do interesse econômico. Portanto, o Estado ao instituir direitos exclusivos de autor intervém no mercado para corrigir a falha da livre apropriação das criações. E “é exatamente por isso que foi preciso criar um sistema de regulação, de intervenção estatal para corrigir essa falha de mercado, da possibilidade de cópia”¹⁰⁴.

Nesse sentido, autores como Herbert J. Hovenkamp e Christina Bohannan destacam como premissa das leis de patentes e de direitos autorais o fato de que o mercado operando sozinho não produzirá a quantidade ideal de inovação. A falha de mercado é assim o ponto de partida e a origem das legislações industriais e autorais, pois sem elas qualquer pessoa poderia seguir livremente copiando inovações ou usufruindo obras autorais. A regulação estatal passa a ser a regra no regime das criações intelectuais. E o problema passa a ser a medida dessa regulação, os espaços do público e os limites do privado, i. e., o encontro da harmonia entre os interesses envolvidos¹⁰⁵.

Com a regulação dos sistemas de propriedade intelectual o mercado da criatividade entraria em reequilíbrio. Tal regulação ao conceder um poder jurídico, estabelece um regime de escassez artificial necessária à valoração econômica da obra. Por outro lado, o exercício desse direito pelo titular cria um novo plano de concorrência do mercado da criatividade, o mercado do exclusivo. É nesse mercado do exclusivo que se observa o surgimento de uma nova falha, tendo em vista que o exercício da proteção legal permite “uma situação de monopólio imitigado, ou uma posição de

em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1464/1113>. Acesso em: 24 jul. 2020).

¹⁰⁴ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 196.

¹⁰⁵ HOVENKAMP, Herbert J., e BOHANNAN, Christina. **IP and Antitrust: Reformation and Harm**. Boston College Law Review, vol. 51, pág. 905, 2010, University of Iowa. Legal Studies Research Paper. Number 09-16. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1377382>. Acesso em: 21 ago. 2020.

poder jurídico excessivo, não correspondente à necessidade de superar a primeira modalidade de falha de mercado”¹⁰⁶.

A particularidade é que essa falha de mercado de segundo nível – o monopólio legal – decorre da própria regulação do mercado dos bens intelectuais concebida originalmente para corrigir a falha presente na natureza de ser da criatividade – a intangibilidade e a não rivalidade. A soberania cega do autor ao produzir uma externalidade negativa que desconsidera o próprio fundamento do exclusivo, assim impõe um elevado custo social prejudicial à coletividade. Por isso que se faz necessária uma constante revisão do alcance e dos limites do exclusivo para harmonizar os movimentos da sociedade e os interesses envolvidos. Nesse ponto, uma medida que se apresenta para corrigir a falha de mercado no excesso da concepção de origem do exclusivo é o instituto das limitações do exclusivo em suas diversas concepções¹⁰⁷.

No caso do exercício do direito exclusivo é possível se observar a existência de uma externalidade negativa que impõe um custo social prejudicial aos destinatários da cultura e ao próprio mercado, custo esse inexistente para o seu gerador.

A falha de terceiro nível decorre assim do exercício abusivo do exclusivo. O abuso do poder jurídico pelo titular impõe uma restrição que igualmente prejudica o acesso à criação, e que promove uma falha de mercado com elevado custo social. Um remédio jurídico que se apresenta para a correção de tal falha é o licenciamento compulsório.

Como dito, evidenciada a existência de uma falha compete ao Estado, por meio da regulação jurídica, corrigi-la para tornar efetivo o direito de acesso¹⁰⁸. O que está em debate é a correção de uma falha verifica-

¹⁰⁶ BARBOSA, Denis Borges. **A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure**. 2002. Texto disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/apostilas.htm>. Acesso em: 21 ago. 2020.

¹⁰⁷ LOREN, Lydia Pallas Loren. **Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in a Era of Copyright Permission Systems**. Journal of Intellectual Property Law, School of Law University of Georgia, 1997. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=jipl>. Acesso em: 27 ago. 2020).

¹⁰⁸ “Falhas de mercado e falhas de governo. O fato de que o mercado falha é amplamente conhecido, e a existência de falhas de mercado é a justificativa clássica para a

da no exercício abusivo do monopólio autoral, precisamente no mercado primário das obras literárias. Nos casos de edições esgotadas, o exercício abusivo do exclusivo gera um efeito nocivo aos destinatários da cultura ao promover uma escassez anômala de restrição-exclusão do acesso pela negativa de novas publicações.

Já a respeito do comportamento do mercado secundário de livros, o que se observa é a existência de uma relação direta deste com o mercado primário, e o que se evidencia é que problema está na origem, no abuso do exercício do poder jurídico. E por isso se mostra imprescindível a existência de instrumentos jurídicos que permitam balizar e, por vezes, corrigir desvios no exercício do exclusivo.

E nesse ponto o instituto das licenças compulsórias se justifica como medida de correção dessa falha do mercado primário no caso de obras esgotadas, para a harmonização dos interesses envolvidos.

A Convenção da União de Berna (CUB), na revisão de Paris em 1971, incorporou o instituto das licenças compulsórias no âmbito dos direitos autorais. No Brasil, a CUB foi promulgada em 1975, pelo Decreto Executivo 75.699/1975, para que “seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”. O Brasil apesar de signatário da CUB não previu na atual Lei dos Direitos Autorais (LDA), Lei 9.610/1998, o regime das licenças compulsórias, presente na revogada Lei 5.988/1973.

A regulação das licenças compulsórias se faz ainda mais relevante no contexto da sociedade informacional, em que há disponível tecnologias digitais que permitem o acesso e o compartilhamento de bens culturais com o custo de produção e de distribuição mais acessíveis se comparados ao modelo do formato tradicional das obras impressas.

O regime das licenças compulsórias, nos casos de abuso do exclusivo, não pode ser visto com misticismos ou sinônimo de despres-

regulação de atividades pelo Estado. Demonstrar a existência de falhas de mercado é um exercício intelectual muito interessante; tão interessante quanto incompleto porque as falhas de mercado geralmente coexistem com falhas de regulação. A questão não é tanto se o mercado falha, mas entender se alguma das possíveis formas de regulação falhará menos do que o mercado” SALAMA Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. v. 5. n. 2: março 2008. p. 40.

gio ou revogação dos direitos autorais, pelo contrário, a existência do licenciamento exige o reconhecimento prévio do exclusivo e a garantia da prestação econômica em favor do titular, em contraposição ao dogma da autorização prévia. É nesse sentido que o instituto se apresenta sob a perspectiva de um regime jurídico previsto para situações excepcionais fundadas no interesse público, instituído para coibir práticas de abuso de direito e de abuso de poder econômico.

O fundamento das licenças compulsórias é visto, assim, na garantia do acesso à cultura e aos frutos da ciência e da tecnologia, como um direito fundamental para o desenvolvimento e para cumprimento da função social dos direitos autorais.

A partir do reconhecimento do direito fundamental de acesso à cultura, da função social dos direitos autorais, da teoria do abuso de direito, e considerando a importância do exclusivo de exploração econômica (titular e mercado), o instituto das licenças compulsórias surge como medida de harmonização entre interesses públicos e privados no problema das obras literárias com edição esgotada.

CONCLUSÃO

Na teoria econômica quando os mercados reais se afastam do ideal, ocorre a chamada falha de mercado. Na relação entre Direito e Economia evidencia-se o propósito da regulação jurídica em corrigir falhas de mercado para atingir o ótimo social. No caso das obras esgotadas o que se observa é a existência de uma externalidade negativa que impõe um custo social prejudicial aos destinatários da cultura e ao próprio mercado, custo esse inexistente para o seu gerador.

A particularidade é que essa falha de mercado decorre da própria regulação do mercado dos bens intelectuais. Para corrigir a falha presente na natureza de ser de “bens públicos”, intangíveis e não rivais, concebeu-se o regime jurídico da propriedade intelectual sob a natureza de monopólio legal. A partir de então o **exercício** abusivo desse direito exclusivo,

decorrente da restrição abusiva do acesso às criações, têm gerado uma falha de mercado que impõe um elevado custo social.

O que está em debate é a correção dessa falha verificada no exercício ilícito do monopólio autoral junto ao mercado primário do livro, cujo efeito nocivo tem sido internalizado pelos destinadores da cultura. O debate sobre o acesso aos livros passa pela maior atenção ao mercado primário, com a implementação de políticas públicas e a revisão da LDA. A edição de obras novas e a publicação em formato digital de obras esgotadas pode ser regulada e estimulada para viabilizar a efetivação do direito de acesso, apresentando-se a tecnologia do *e-book* como um recurso importante. Alguns aspectos podem ser destacados no debate, como titularidade, publicidade, os limites contratuais, o direito de edição para obras impressas e digitais, o estímulo à disponibilização de obras no formato digital, e em especial a regulação, a previsão legal de licenças compulsórias para casos de exercício abusivo do exclusivo de autor.

É assim que verificado o esgotamento da edição de obras literárias, evidenciado o exercício abusivo do titular em afronta ao direito fundamental de acesso à cultura, o regime das licenças compulsórias surge com medida destinada a harmonizar as prerrogativas dos titulares e o interesse público.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: do mercado de massa para o mercado de nicho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ANDERSON, Porter. **2017 Global Ebook Report**: as many stories as markets. Matéria publicada no site Publishing Perspectives, em 15/05/2017. Disponível em: <https://publishingperspectives.com/2017/05/global-ebook-report-2017-many-markets/>. Acesso em: 24 jan. 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manuel Joaquim Pereira dos (orgs.). **Estudos**

de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual.** 2ª Edição. Rio de Janeiro, 2003. p. 72. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html. Acesso em: 21 jan. 2020.

BENHAMOU, Françoise. **A economia da cultura.** Trad. Geraldo Gerson de Souza. Cotia, SP: Ateliê Editorial. 2007.

BROWN, John Seely e DUGUID, Paul. **A vida social da informação.** São Paulo: Makron books, 2001.

CARRENHO, Carlo. **O que os livros digitais representam para o aumento da leitura? O que diz a Retratos da Leitura sobre quem lê nesse suporte?** In: Retratos da leitura no Brasil. 4ª ed. Zoara Failla (org.). Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

CARRENHO, Carlo. **Livros digitais são 6,89% do mercado trade no Brasil, aponta Global eBook.** Matéria publicada no site Publishnews, em 15/05/2017. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2017/05/15/livros-digitais-sao-689-do-mercado-trade-no-brasil-aponta-global-ebook>. Acesso em 24 jan. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** A era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

COOTER, Robert, ULEN, Thomas. **Law & Economics.** 6th ed. Addison-Wesley. 2011.

COYLE, Karen. **Stakeholders and standards in the e-book ecology: or, it's the economics, stupid.** Library Hi Tech, 2001, vol.19, no. 4, p. 314.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.** Revista Espaço Jurídico. Journal of Law [EJLL], 12(2), 91-108. Editora Unoesc. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 29 maio 2020.

DOWBOR, Ladislau. Economia da Cultura Digital. In: SAVAZONI Rodrigo e COHN Sergio (orgs.). **Cultura digital.br.** Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martons Fontes, 2002. Introdução p. XV.

EPSTEIN, Jason. **O negócio do livro: passado, presente e futuro do mercado editorial**. Trad. Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2002.

HALLEWEL, Laurence. **O livro no Brasil: sua história**. Trad. Maria da P. Villalobos; Lólio L. de Oliveira e Geraldo G. de Sousa. 3ª ed. São Paulo: Edusp, 2017.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. 2ª ed. ampliada. Petrópolis-RJ, Vozes, 2017.

LEMLEY, Mark A. **A New Balance Between IP and Antitrust**. Stanford Law School. Working Paper n. 340, April 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=980045>. Acesso em: 21 jan. 2020.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

LOKJKINE, Jean. **A revolução informacional**. Trad. José Paulo Netto. 2ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 1999.

LOREN, Lydia Pallas Loren. **Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in a Era of Copyright Permission Systems**. Journal of Intellectual Property Law, School of Law University of Georgia, 1997. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=jipl>. Acesso em: 27 ago. 2020.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2008. pp. 154 e 159. Ou ainda, COOTER, Robert, ULEN, Thomas. **Law& Economics**. 6th ed. Addison-Wesley. 2011.

RAMONET, Ignacio. **A Tirania da Comunicação**. 2ª ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

SANTOS, Laymert Garcia dos [et. al.]. **Revolução tecnológica, internet e socialismo**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2003.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCHIFFRIN, André. **O negócio dos livros**: como as grandes corporações decidem o que você lê. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2006.

TIDD, Joe; BESSANT, John; PAVITT, Keith. **Gestão da inovação**. 3ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2008.

VASQUEZ, Rodolfo. **Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho**. In: ISONOMIA. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho N° 05. Alicante: Universidad de Alicante, 1996.

Recebido: 10/04/2021

Aprovado: 26/04/2021



**ESTUDOS DE CASO,
JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO**

PARTE IV

RRDDIS

COMENTÁRIOS SOBRE A DECISÃO LIMINAR PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5529 NO CONTEXTO DA PANDEMIA: a atuação do Supremo Tribunal Federal à luz do argumento das capacidades institucionais

Comments on the preliminary decision issued in the direct action of unconstitutionality n° 5529 in the context of the pandemic: the action of the Federal Supreme Court in light of the institutional capabilities argument

Heloísa Gomes Medeiros¹

RESUMO:

A temporariedade é uma das características fundamentais dos direitos exercidos sobre uma patente. Qualquer extensão de prazo estipulado para além do que prescreve as legislações internas e internacionais deve ser minuciosamente analisada sob pena de ferir os preceitos de equilíbrio de interesses que permeia a concessão de direitos de exclusiva. No Brasil, a previsão do parágrafo único, do artigo 40, da lei de propriedade industrial, que amplia o prazo de vigência de uma patente no caso de demora na análise do pedido pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), tem causado dúvidas em relação a sua adequação constitucional frente a tensão entre interesse público e privado. A suprema corte brasileira, ao ser suscitada sobre a matéria na ação direta de inconstitucionalidade nº 5529, encontra-se frente a um forte dilema quanto a sua capacidade institucional de decidir

ABSTRACT:

The limitation on its duration is one of the fundamental characteristics of the rights exercised over a patent. Any extension of the term stipulated beyond that prescribed by domestic and international laws should be thoroughly analyzed under penalty of violating the precepts of balance of interests that permeates the granting of exclusive rights. In Brazil, the provision of the sole paragraph of article 40 of the industrial property law, which extends the term of validity of a patent in the event of delay in analyzing the application by the National Institute of Industrial Property (INPI), has caused doubts regarding its constitutional adequacy in the face of tension between public and private interests. The Brazilian Supreme Court, when asked about the matter in Direct Action for Unconstitutionality No. 5529, is facing a strong dilemma regarding its institutional capacity to decide on a technically and politically complex matter. In this sense, we intend to analyze the performance of the Federal Supreme Court

¹ Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Faculdade São Luís/MA. Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Vice-presidente do Instituto Observatório de Direitos Autorais. Professora Universitária. Advogada. E-mail: medeirosgh@gmail.com

sobre matéria complexa do ponto de vista técnico e político. Nesse sentido, pretende-se analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal à luz do argumento das capacidades institucionais, principalmente, após a decisão liminar concedida no contexto da pandemia provocada pelo COVID-19 e de precedente da corte fundada na carência de sua capacidade institucional para resolver a contenda de forma absoluta. Utiliza-se, para tanto, o método hipotético-dedutivo e como métodos auxiliares da pesquisa a abordagem qualitativa, a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, o procedimento teórico e a pesquisa descritiva e prescritiva. A decisão liminar proferida tem o condão de impelir ou empurrar as instituições capacitadas para a mudança do cenário, como o poder legislativo e o INPI, a tomarem as devidas ações necessários para dirimir o problema fático e restabelecer o equilíbrio constitucional do sistema de patentes.

Palavras-chave: Propriedade industrial; Patente; Suprema corte; Capacidades institucionais.

in light of the argument of institutional capacity, especially after the injunction decision granted in the context of the pandemic caused by COVID-19 and the precedent of the court based on the lack of its institutional capacity to resolve the dispute in an absolute manner. For this purpose, the hypothetical-deductive method is used, and as auxiliary research methods the qualitative approach, the documental and bibliographical research technique, the theoretical procedure, and the descriptive and prescriptive research. The preliminary injunction decision has the power to impel or push the institutions capable of changing the scenario, such as the legislative power and the BPTO, to take the necessary actions to solve the factual problem and restore the constitutional balance of the patent system.

Keywords: Industrial Property; Patent; Supreme Court; Institutional Capacities

SUMÁRIO

Introdução. **1.** A ação direta de inconstitucionalidade nº 5529. **2.** A decisão liminar proferida em decorrência da emergência da pandemia do Covid-19. **3.** A possibilidade de aplicação do argumento da capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5529. **4.** Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É inconteste a relevância do debate sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 40, da Lei nº 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Tema que recebeu des-

taque na suprema corte brasileira a partir de 2016 com a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 5529 e, mais recentemente, frente a situação da emergência da pandemia causada pela pandemia de Covid-19 que oportunizou a concessão de decisão liminar do Supremo Tribunal Federal (STF) no processo.

Ao longe dos aspectos materiais, ou de conteúdo propriamente dito, envolvendo o problema, destaca-se a importância da relação entre as diversas partes interessadas e envolvidas no processo decisório, como, por exemplo, a indústria farmacêutica, a indústria de medicamentos genéricos, as organizações não governamentais e as entidades representativas de agentes e advogados de propriedade industrial, que atuam democraticamente, por meio de instrumentos formais (*amicus curiae*) e informais (lobby), para alcançarem os objetivos dos seus representados.

O julgamento sobre uma disciplina tão técnica, e que deve avaliar os riscos ou benefícios da extensão de uma patente de invenção por um prazo superior a vinte anos ou de patentes de modelo de utilidade de quinze anos – fato que ocorre por, basicamente, problemas operacionais do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal brasileira, vinculada ao Ministério da Economia, responsável pela concessão de patentes, que não consegue deferir ou indeferir um pedido em menos de oito anos (modelo de utilidade) ou dez anos (invenção) após requerido –, ademais, não pode ignorar a perspectiva institucional pela qual perpassa a resolução da controvérsia.

Questiona-se, nesse contexto, as possibilidades de atuação do STF na ADI nº 5529 frente o argumento conhecido como capacidades institucionais, difundido no artigo intitulado *Interpretation and Institutions*, escrito por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), e que vem sendo aplicado pela mais alta instância do poder judiciário brasileiro em alguns casos correlatos.

Acredita-se como hipótese inicial que o STF, em decorrência da tecnicidade e alta complexidade política apontada sobre a matéria, apresenta pouca habilidade e recursos concretos para exercer sua função jurisdicional de forma a alcançar a maior parte dos interesses envolvidos,

mesmo diante do acervo material reunido junto ao processo. Assim, para evitar decisões que provoquem efeitos perversos para a sociedade e diante do argumento das capacidades institucionais, a medida tomada pelo STF deverá ser limitada, tendo em vista, que outras instituições, como o poder legislativo, são os legitimados institucionalmente a decidirem sobre a existência de tal mecanismo na legislação.

O trabalho pretende, assim, prospectar sobre a atuação do STF à luz do argumento das capacidades institucionais no caso da ADI 5529. Discorre-se, primeiramente, sobre a ADI n° 5529, em seguida, destacam-se os principais argumentos que embasaram a decisão liminar proferida pelo STF no dia 07 de abril de 2021, e, por fim, analisa-se o argumento da capacidade institucional do STF no caso e frente ao uso desse argumento pela suprema corte.

A reflexão acerca da pesquisa proposta é pautada no método hipotético-dedutivo e como **métodos auxiliares da pesquisa** são utilizados a abordagem qualitativa, a técnica de pesquisa documental e bibliográfica para a busca do material teórico referente ao tema, o procedimento teórico - a partir do conjunto de obras e documentos recolhidos, o que não impede analisar o caráter prático ou propositivo da pesquisa -, e a pesquisa descritiva e prescritiva.

A pesquisa tem o potencial de pensar em formas de atuação das supremas cortes em processos com as complexidades temáticas e políticas apresentadas aqui, de forma que as decisões tomadas funcionem como instrumentos que “empurrem” a solução para os órgãos ou poderes que possuem maior capacidade institucional. Em especial ao caso, aponta-se a necessidade de realizar melhoramentos junto ao INPI e contínuo debate junto ao poder legislativo.

1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 5529

A ação direta de inconstitucionalidade n° 5529 (BRASIL, 2016) foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, tendo como demanda a declaração de inconstitucionalidade parágrafo único, do artigo 40, da Lei

nº 9.279/1996 (lei de propriedade industrial - LPI),² datada de 13 de maio de 2016.

O objeto da controvérsia paira sobre a problemática do *backlog*, caracterizado pelo acúmulo de pedidos de patente para serem analisados junto ao órgão administrativo que provoca uma fila de espera por um tempo considerável até que ocorra o exame e concessão ou não. De acordo com o parágrafo único, do artigo 40, da LPI, o prazo de vigência das patentes de invenção e de modelo de utilidade não pode ser inferior a dez e a sete anos, respectivamente, a contar da concessão.

Com isso, um pedido de patente de invenção que demore, por exemplo, treze anos para ser analisado pelo INPI, poderá ter prazo de vigência total de vinte e três anos, ao invés dos vinte anos estabelecido no *caput*, do artigo 40, da LPI. Ou seja, a expansão do prazo decorre de uma demora administrativa na análise do pedido e não por qualquer mérito no pedido da patente.

Conjuntamente, deve-se ter em conta que o artigo 44 do mesmo diploma legal institui que o direito a indenização por exploração indevida do objeto da patente pode ser exercido o período que corresponde a data da publicação do pedido até a data da concessão da patente. No exemplo acima, o direito de indenização pelo uso indevido abará desde a data da publicação daquele pedido e poderá ir até o final do prazo estendido.

Esse fato causaria diversos efeitos deletérios ao sistema de propriedade intelectual como um todo: poder monopolístico estendido para além do prazo ótimo estabelecido em vinte anos, inibição da concorrência por incertezas em relação aos direitos conferidos e possibilidade de exploração, e impacto sobre preços e opções para consumidores.

² Da Vigência da Patente

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

Destaca-se ainda que a petição de ação direta de inconstitucionalidade foi baseada por ferir os seguintes postulados da Constituição Federal:

- (i) temporariedade da proteção patentária (art. 5º, XXIX) – preceito constitucional que exige a temporariedade das patentes;
- (ii) defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V), liberdade de concorrência (art. 170, IV) e segurança jurídica (art. 5º, caput) – tanto pela extensão que provoca quanto pela indeterminação do período de vigência;
- (iii) princípio da isonomia (art. 5º, caput) – pois trata-se de forma diversa agentes econômicos que assumem posições equivalentes, prorrogando-se a exclusiva para alguns em decorrência de um atraso administrativo;
- (iv) responsabilidade objetiva do estado (art. 37, § 6º) – acaba transferindo inconstitucionalmente a responsabilidade do estado à sociedade. Nesse sentido, cabe destacar o seguinte argumento da petição inicial:

O que a norma provoca é transferência à sociedade da responsabilidade do INPI de analisar, em tempo razoável, os processos administrativos de sua competência. Se a instituição não consegue apreciar, em tempo hábil, os pedidos de patente, cabe-lhe, na condição de pessoa jurídica de direito público e nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, reparar os danos causados ao postulante. O art. 40, parágrafo único, da Lei 9.279/1996, transfere esse ônus à sociedade, que se vê compelida a aguardar, por prazo indeterminado e superior a quinze ou vinte anos, para explorar comercialmente inventos industriais, em sacrifício da livre concorrência, dos consumidores e de direitos sociais como o direito à saúde e à alimentação.

- (v) princípio da eficiência da atuação administrativa (art. 37) e princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) –

evidencia-se no dispositivo a legitimação da ineficiência do poder público e admissão de processos demorados.

Nos termos do artigo 6º, da Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, o relator pediu informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, no caso, o Senado Federal e a Presidência da República, que não apoiaram a demanda.

Ainda seguindo o rito estabelecido pela Lei 9.868/1999, foram ouvidos a Advocacia-Geral da União, que se manifestou pela improcedência do pedido, e, em seguida, a Procuradoria-Geral da República, de opinião de que a ação deveria ser conhecida e o pedido formulado considerado procedente.

O processo conta ainda como *amici curiae*, a Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI), a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), a Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades (ABIFINA), a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), a Associação Nacional de Defesa Vegetal (ANDEF), a Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA), a Associação das Empresas de Biotecnologia na Agricultura e Agroindústria (AGROBIO), a Associação das Indústrias Farmacêuticas de Capital Nacional (Grupo FARMABRASIL), a Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos (PRÓ GENÉRICOS), a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), a Associação Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento das Empresas Inovadoras (ANPEI), o Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual (IBPI), a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE), a Defensoria Pública da União (DPU), a Associação Interamericana de Propriedade Intelectual (ASIPI) e a Croplife Brasil.

Em decorrência da emergência da pandemia do Covid-19, o Procurador-Geral da República apresentou, no dia 24 de fevereiro de 2021, pedido de tutela provisória de urgência, requerendo a suspensão imediata dos efeitos do parágrafo único, do artigo 40, da Lei nº 9.279/1996.

A crise sanitária, de acordo com o pedido feito pela Procuradoria, demonstrou que vários medicamentos que poderiam ser utilizados com combate à doença estavam protegidos de forma estendida em decorrência da aplicação do parágrafo único, do artigo 40, da LPI. Ressaltam que:

Há, na lista de medicamentos que tiveram prorrogação de prazo fundada no art. 40, parágrafo único, da Lei 9.279/1996 pelo menos 74 medicamentos, dentre os quais fórmulas para tratamento de neoplasias, HIV, diabetes, hepatites virais. Há, inclusive, fórmula fabricada com exclusividade por laboratório japonês (favipiravir), cuja patente já deveria ter expirado no Brasil, mas foi estendida até 2023, e que está em fase de estudos científicos sobre os potenciais efeitos contra o novo coronavírus.

Alegou-se que o perigo na demora na análise do pedido poderia frustrar as tentativas de dirimir os efeitos da pandemia no Brasil. Assim, diante da relevância da matéria, urgência e do reconhecimento dos argumentos apresentados, houve antecipação da análise do pedido para dia 07 de abril de 2021, em decisão monocrática do pedido de liminar, *ad referendum* do Plenário, que passa a ser analisada a seguir.

2 A DECISÃO LIMINAR PROFERIDA EM DECORRÊNCIA DA EMERGÊNCIA DA PANDEMIA DO COVID-19

O Ministro Dias Toffoli, relator do processo, inicialmente aprecia o voto de mérito confirmando a adequação do instrumento ação direta de inconstitucionalidade para questionar a o problema do parágrafo único, do artigo 40, da LPI, que permite a extensão de prazo de vigência de patentes quando ocorre demora administrativa na apreciação e, logo, concessão dos pedidos, quesito que havia sido levantado pelo Senado Federal.

Aprecia-se, em segundo lugar, nas premissas do voto: a disciplina jurídica das patentes, o prazo de vigência da patente e o panorama internacional da vigência das patentes.

Sobre a proteção da patente nos ordenamentos jurídicos nacional (lei 9.279/1996) e internacional (acordo TRIPS). Os fundamentos constitucionais de que a propriedade industrial é concedida de forma temporária e diante de sua finalidade: o interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico que devem propiciar. Para além de um direito privado – que se justificaria pelo retorno ao investimento na criação de uma invenção, incentivando, assim o titular do direito -, resta claro que se encontra em jogo o interesse da coletividade brasileira e no bem-estar social, em especial, por meio da concorrência que o sistema proporciona. No mesmo sentido, aponta que os tratados internacionais sobre a matéria também ponderam a barganha entre interesse público e privado na concessão de exclusivas, ao estabelecer que este não pode consistir em empecilhos ao comércio legítimo.

Após discorrer brevemente sobre os requisitos de uma patente e o procedimento do pedido junto ao INPI, o voto destaca os direitos que são passíveis de exploração pelo titular expressos na lei de propriedade industrial, como os de toda propriedade, de usar, gozar e dispor. Em especial, sublinha-se o direito de indenização pelo uso indevido da patente, que, nos termos do artigo 44, da LPI, permite incluir “em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente”, ou seja, a possibilidade de retroação da proteção desde o momento do início do processo, do momento da publicação do pedido e não apenas da concessão. Isso infere dizer que a proteção nunca ocorrerá por menos de vinte anos para patentes de invenção ou quinze anos para patente de modelo de utilidade.

Quanto ao prazo de proteção, cabe destacar do voto o apontamento sobre a falta de um debate mais democrático para a inclusão do parágrafo único, do artigo 40, e plausibilidade de argumento que o justifique para além do problema de *backlog* do INPI, preocupação latente na década de 1990 quando o Brasil ingressou na Organização Mundial do Comércio e, conseqüentemente, se tornou signatário do principal acordo sobre o tema de propriedade intelectual, o Acordo TRIPS.

Nesse panorama internacional, destaca no Acordo TRIPS ainda que o prazo mínimo de vinte anos estabelecido também tem como base que o

início da exclusiva deva ocorrer desde o momento do pedido, como inclui a ideia de que dentro dos vinte anos é um prazo considerado pelos signatários como suficiente tanto para análise e concessão quanto aproveitamento econômico do titular. A extensão do prazo por atraso na análise administrativa não levaria em conta que os vinte anos estipulado não é o “de efetivo monopólio”, o que ocorreria somente a partir da concessão do registro pelo INPI.

Diante da constatação de que é desnecessário o cumprimento de uma medida TRIPS-plus, elucida-se ainda que este tipo automático de compensação pelo atraso na análise de uma patente de forma a estender seu prazo de proteção existe de forma peculiar no Brasil se em comparação com pelo menos outras trinta jurisdições no mundo, e, na maior parte e principais não existe nenhuma previsão nem sequer similar.

Em terceiro lugar, trata da inconstitucionalidade propriamente dita do parágrafo único, do artigo 40, da LPI. Afirma, que o problema do caso reside em “tornar o prazo de vigência das patentes variável e, enquanto tal, indeterminado”, pois, “o prazo das patentes sempre estará condicionado a uma variável absolutamente aleatória, consistente no tempo de tramitação do processo no INPI”, causando prejuízo ao preceito de temporalidade da patente, dentre outras violações constitucionais. Concluindo, que mesmo que se não houvesse backlog, a norma permaneceria inconstitucional pela indeterminação do prazo. Assim, a inconstitucionalidade que declara na decisão inclui ainda análises relativas:

- (a) a questão do *backlog* no INPI e a violação ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) e ao princípio da eficiência da administração pública (art. 37, *caput*, CF), tema que é de extrema relevância para a análise do argumento das capacidades institucionais e será melhor trabalho no próximo tópico;
- (b) uma análise comparativa dos prazos de vigência efetiva das patentes no Brasil em relação ao cenário internacional, que constata que a extensão de prazo nos termos do parágrafo único, do

artigo 40, da LPI, - termos indiscriminados e de forma automática -; é uma jabuticabeira jurídica;

- (c) aos seus impactos sobre o setor farmacêutico e violação do direito à saúde, estabelecido pelo artigo 196, da Constituição Federal, na qual se destaca a participação de várias entidades como *amicus curie*, e da perspectiva de que, apesar da urgência de análise sobre as questões relacionadas ao tema da saúde pública no contexto da pandemia (e de que fora desse cenário, é o setor, juntamente com o de telecomunicações, o que tem o maior número de patentes atingidas pela extensão de prazo), o tema abrange todos os ramos de indústria e em todas as searas tecnológicas, causando reflexos para toda sociedade, tais como concorrentes, consumidores e ente público;
- (d) às violações constitucionais: da segurança jurídica e do artigo 5º, XXIX, da CF, à função social da propriedade intelectual (art. 5º, XXIX, c/c art. 170, III, CF), à livre concorrência e à defesa do consumidor (art. 170, IV e V, CF). A indeterminação do prazo é fator que gera insegurança jurídica, prejudicando a tomada de escolhas racionais por parte dos agentes econômicos. Percebe-se a má-fé, abusividade e oportunismo de titulares para ter extensão dos prazos de suas patentes por meio de artifícios que atrasam propositalmente a análise do INPI. Isso tudo gera ainda efeitos anticoncorrenciais e de desequilíbrio entre interesse público e privado, coletivos e individuais, presente no sistema de patente por meio também da limitação temporal.

A decisão sinaliza, num quarto ponto, que todos os argumentos apontados levam a se considerar a existência mesmo de um estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil, caracterizado pela

violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Por essa razão, a decisão afirma que o problema crônico do INPI em relação ao acúmulo de análise de pedidos, que tem sua principal causa a inércia das instituições responsáveis pelas suas adaptações necessárias à realidade pós-TRIPS, apenas será resolvido se houver esforços conjuntos tanto da autarquia federal, quanto de outras instituições da administração pública envolvidas no processo, como a ANVISA, o Ministério da Saúde e o Tribunal de Contas da União.

Por fim, a ação é considerada procedente de modo que se decisão declare a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei no 9.279/1996, reconhecendo-se o estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil. Determina-se ainda uma série de medidas a serem tomada pelo Instituto Nacional de propriedade Industrial, no prazo de um ano, com vistas a diminuição do backlog, tais como contratação de servidores e otimização dos processos. Define que tanto a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) quanto a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, devem cumprir a recomendação do Tribunal de Contas da União.

Ainda por determinação da decisão, a ANVISA deverá publicar os critérios de análise a serem seguidos por seus analistas no âmbito da anuência prévia prevista no artigo 229-C, da Lei 9.279/1996, com vistas a atender à obrigação de tornar transparente essas informações à sociedade. E a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, deverá estabelecer rotinas prospectivas de identificação de pedidos de patentes que contenham tecnologias relevantes para o atendimento à população, por meio das políticas públicas de acesso a medicamentos, com objetivo de subsidiar a operacionalização da priorização, prevista na Resolução INPI 239/2019, dos respectivos exames técnicos de patenteabilidade.

A decisão, contudo, teve proposta de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conferindo a ela efeito somente a partir da publicação da ata do julgamento (efeito *ex nunc*), não atingindo as patentes já deferidas e ainda em vigor em virtude da extensão prevista no preceito questionado. Propôs ainda que a modulação não incida nas

seguintes hipóteses, o que significa que nessas situações a decisão terá efeito *ex tunc*: i) sobre as ações judiciais em curso que eventualmente tenham como objeto a constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI; e ii) sobre as patentes concedidas com extensão de prazo relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde.

Do exposto sobre a decisão liminar, dois pontos remetem a ideia do argumento das capacidades institucionais analisadas no tópico a seguir: 1) O reconhecimento pelo STF de um estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil, que decorre, em especial, da inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação e de que a superação das transgressões exige a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades; e 2) A parte dispositiva dispõe que a ANVISA, a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, devem cumprir recomendações do Tribunal de Contas da União.

3 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARGUMENTO DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI Nº 5529

O recurso argumentativo da capacidade institucional é atribuído aos autores Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), em artigo intitulado *Interpretation and Institutions*, e propõe a necessidade de repensar técnicas de interpretação legal. Relatam os autores que normalmente se leva em consideração apenas a questão de “como interpretar um texto”, quando na verdade deveria se pensar em “como devem certas instituições, com suas habilidades e limitações distintas, interpretar certos textos”. (2003, p. 886)

A teoria propõe uma abordagem mais realística da falibilidade do poder judiciário na tomada de decisões, tendo em vista a limitação das suas capacidades (habilidades, recursos etc). Considera ainda que qualquer decisão tem consequências sistêmicas e poderão ocasionar resultados perversos, imprevisíveis e indesejados.

No caso do parágrafo único, do artigo 40, da LPI, há uma nítida tensão interinstitucional, além do que, encerra uma complexa rede de variáveis políticas e de exigências sobre um conhecimento técnico que poderiam ser apreciadas por intuições com muito maior capacidade de análise para tomada de decisão do que o poder judiciário, como ocorre com agências reguladoras, para decisões mais técnicas, e poder legislativo, para decisões políticas.

A própria decisão do STF, descrita no tópico anterior, demonstra que o INPI, a ANVISA, o Ministério da Saúde e, até mesmo, o poder legislativo, são as instituições capacitadas para efetivamente resolverem os problemas apresentadas no caso, instaurando melhores processos, dos quais são conhecedores de seus meandros e consequências. É diante da inércia dessas instituições que o STF decide:

A inércia ou a incapacidade reiterada e persistente das autoridades está configurada pelos 25 anos de acúmulo (backlog) na análise de pedidos de patentes. A inação da administração pública por tão longo período tornou o atraso do INPI um problema crônico, que demanda o esforço de múltiplos atores para contorná-lo (a autarquia federal, a ANVISA, o Ministério da Saúde e o TCU, por exemplo).

Repudia-se, a partir das capacidades institucionais, “uma imagem idealizada e até heroica das capacidades judiciais e, como corolário, uma visão preconceituosa das capacidades de outros legisladores e intérpretes, como agências e legisladores”. Os juízes e cortes não devem ser idealizados ou vistos como algo invariável.

O argumento das capacidades institucionais compreende ainda que muitas técnicas tradicionais de interpretação são baseadas numa perspectiva ideal que busca revisitar a vontade do legislador, explorando as intenções da lei, que, no entanto, não fazem sentido na aplicação de casos práticos mais complexos. Essa técnica também foi usada pelo STF, sem muito sucesso, ao buscar um sentido para existência do parágrafo único, do artigo 40, da LPI. Expõe a decisão que:

Mesmo após detido exame dos documentos do processo legislativo de elaboração da Lei no 9.279/1996, não se obteve nenhuma menção acerca da motivação da regra do parágrafo único do art. 40. Ao que parece, não obstante a elevada importância do preceito em tela, ele foi inserido na lei sem maiores debates, conforme evidenciado no relatório do Grupo Direito e Pobreza da USP:

“As razões para a inclusão do artigo 40, parágrafo único, na Lei de Propriedade Industrial não são esclarecidas na exposição de motivos do referido diploma. O projeto original que deu origem à atual lei, PL 824/91, não continha tal dispositivo. O primeiro projeto substitutivo (PL 824- A/91, apresentado em 1992) tampouco o incluiu. O artigo 40, parágrafo único, na Lei de Propriedade Industrial somente foi inserido no projeto de lei por meio do substitutivo seguinte (PL 824-B/91, apresentado em 1993), sem, porém, a realização naquele momento de debates sobre seus possíveis impactos” (...).

Não obstante, conforme repetidamente apontado nestes autos, o dispositivo em tela teria sido instituído com o objetivo de compensar o acúmulo de pedidos de patentes (backlog) no INPI, resultante, em boa medida, do atraso crônico em sua apreciação por essa autarquia.

O fenômeno existe desde a instituição da Lei nº 9.279/1996, a qual, para se adequar ao Acordo TRIPS, tornou patenteáveis determinados produtos antes não sujeitos à exploração exclusiva (como os fármacos). Internalizado o acordo e editada a Lei nº 9.279/1996 sem que fosse utilizado o prazo de transição conferido aos países em desenvolvimento, a autarquia federal não estava devidamente equipada para receber a carga adicional de novos produtos registrados, o que gerou um grande passivo de pedidos.

Pretendia-se com o parágrafo único do art. 40 que, mesmo em caso de demora na apreciação, fosse garantido ao requerente o prazo suficiente para auferir as vantagens da exploração exclusiva do invento, por meio de uma extensão do prazo do caput. (grifos nossos)

Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), criticam esta postura quando se busca uma interpretação baseada no argumento de capacidade institucional pois tal especulação pode, por exemplo, encerrar erros sobre

os propósitos legislativos. Nessa passagem citada, é nítida apenas a falta de um debate mais democrático para a inclusão do parágrafo único, do artigo 40, na LPI e falta de um argumento mais razoável que o justifique para além do problema de *backlog* do INPI.

A maior capacidade do poder legislativo para responder a demanda feita ao STF também pode ser encontrada no seguinte trecho:

Vejam que não estou a questionar aqui um prazo certo fixado pelo legislador no que tange à sua adequação e suficiência para atender determinado propósito. Não estou a questionar, por exemplo, sobre se o parágrafo único deveria prever uma prorrogação de 5 anos, e não de 10, para as patentes de invenção. Adentrar na seara da definição de prazos seria se imiscuir em matéria tipicamente legislativa.

Ainda nesse sentido, ressalta-se, como consta da decisão e noticiado pela Advocacia-Geral da União, a iniciativa da Casa Civil em fomentar a discussão interministerial (Ministério da Economia, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Saúde, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, INPI e ANVISA) sobre o tema, encontrando-se em fase de amadurecimento legislativo para proposição de revogação do parágrafo único, do artigo 40, da LPI. Além disso, há diversos projetos de lei propugnando o mesmo objeto, o que demonstra que deve haver sim uma decisão política a ser tomada pela exclusão do artigo de lei.

Observa-se ainda a crescente utilização do argumento das capacidades institucionais nas decisões do próprio STF, com destaque ao precedente firmado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.083.955, do Distrito Federal, apreciado pelo Ministro Luiz Fux, acompanhado por unanimidade pela Primeira Turma do STF, que aplica o argumento das capacidades institucionais ao decidir pela impossibilidade de revisão da análise do mérito administrativo, de decisão do CADE, pelo STF. Vale destacar:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCOR-

RENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. 2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. 3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. 4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248-251). 5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. 6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. Precedentes: ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014; RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RMS 27.934

AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015; ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016; RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002; RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016. 7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos (SUSTEIN, Cass R., "Law and Administration after Chevron. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).

8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas (POSNER, Richard A. "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework". In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13).

9. In casu, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a Autarquia concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

10. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

11. As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de

tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que é possível que o controle da correção de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de aplicação da legislação, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções (JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155).

12. O Tribunal a quo reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual divergir do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF.

13. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO. (STF - AgR RE: 1083955 DF - DISTRITO FEDERAL 0012731-72.2005.4.01.3400, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/05/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-122 07-06-2019)

4 CONCLUSÃO

Não se pretende com o presente comentário negar o problema que a extensão de prazo ocasiona em todos os setores tecnológicos, nem recusar a inconstitucionalidade do parágrafo único, artigo 40, da LPI. Também não se sustenta a ideia de que o objeto não deve ser apreciado em ação direta de inconstitucionalidade pelo STF. Cada leitura do voto torna incontestável a possibilidade da ação e a assertividade da decisão tomada pelo STF de que o parágrafo único não precisa e não deve existir no ordenamento jurídico brasileiro pelos efeitos que vem causando em relação aos demais valores constitucionais.

Contudo, a decisão liminar, nos termos do argumento das capacidades institucionais, é limitada e, provavelmente, será assim também quando da decisão final da ADI 5529.

Buscou-se provocar a discussão e ponderações de como utilizar esse argumento como fonte de mais um elemento interpretativo, dentre vários outros, e que emanam dos desdobramentos iniciais suscitados pela decisão liminar e que já figurou em outras atuações da suprema corte. Necessário futuramente delimitar sua aplicação com mais clareza sobre possibilidades e alcances de como os juízes podem decidir, se devem decidir (tendo em conta suas limitações) e até mesmo sobre quem deve decidir.

Diante de tal teoria, persistem ainda os questionamentos: quem teria, então, capacidade institucional para a analisar e resolver o problema do parágrafo único, do artigo 40, da LPI? Mesmo que o STF tenha todas as informações ao seu dispor, a decisão tomada irá de fato beneficiar o SUS ou concorrentes e consumidores?

Parece impossível responder a essas perguntas sem olhar para as capacidades institucionais de vários atores e os efeitos dinâmicos da competição. Uma análise por meio das capacidades institucionais pode ser importante na reformulação de como STF interpreta as contendas submetidas ao seu crivo.

A decisão presente e futura do STF sobre a ADI 5529, que deverá seguir com modulação de efeitos, pode ser vista como um elemento impulsionador para melhoras necessárias ao sistema de propriedade industrial brasileiro, como, por exemplo, relacionados a gestão dos processos de pedidos de patente junto ao INPI ou de propiciar o debate legislativo democrático.

REFERÊNCIAS

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: **Michigan Law Review**, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

STF - AgR RE: 1083955 DF - DISTRITO FEDERAL 0012731-72.2005.4.01.3400, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/05/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-122 07-06-2019

Recebido: 15/04/2021

Aprovado: 27/04/2021

QUESTÕES SENSÍVEIS AO DIREITO AUTORAL: ANTIGOS FUNDAMENTOS E NOVOS CONCEITOS

Sensitive issues to copyright law: old foundations and new concepts

Ângela Kretschmann¹

RESUMO:

O artigo parte do pressuposto de que, sendo o direito histórico, antigas legislações costumam representar a vida dos povos. Em relação ao direito autoral, entretanto, questiona-se até que ponto a legislação autoral representa a história real da autoria e do direito autoral, ou como, eventualmente, sua história pode ter sido manipulada por interesses vencedores, que calcaram a fundamentação teórica em uma falácia.

Palavras-chave: propriedade intelectual; autoria; originalidade; transformação criativa.

ABSTRACT:

The article starts from the assumption that, being historical, old laws usually represent the life of a people. Regarding the author's rights, however, it is questioned to what extent the legislation of authors' rights represents the real history of authorship and copyright, or how, eventually, its history may have been manipulated by winning interests, which founded the theoretical foundation in a fallacy.

Keywords: intellectual property; authorship; originality; creative transformation.

¹ É pós-doutora pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemanha (ITM). Professora Pesquisadora Sênior da Universidade de Brasília – UnB. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). É mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1999). Advogada no escritório <http://www.kre.adv.br>. É integrante da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI). É integrante da ABPI (Associação Brasileira de Propriedade Intelectual), realizando perícias judiciais na área do Direito da Propriedade Intelectual. Foi Coordenadora do Curso de Direito do Cesuca (2009-2014). Foi Diretora de Pesquisa do CESUCA (2014-2016). Integra o Quadro de Árbitros da Câmara de Arbitragem da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (CARB-ABPI), do Centro de Solução de Disputas em Propriedade Intelectual (CSD-PI, da ABPI). Foi professora da Unisinos, lecionando a disciplina de Direito de Propriedade Intelectual (EAD) e Direito e Tecnologia da Informação, do Curso de Segurança da Informação, entre 1992 e 2016. Foi professora no Curso de Especialização em Direito, Mercado e Economia, e também da Especialização em Propriedade Intelectual, da PUCRS. Integrou a Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional RS (2004-2006), e a Comissão de Propriedade Intelectual (CEPI) da OAB/RS, de 2006 até 2016. E-mail: angelakreadv@gmail.com

SUMÁRIO

1. A questão do Direito: proteção ao autor ou proteção à obra? **2.** A ingenuidade acerca da escassez de obras intelectuais. **3.** O problema que sempre foi político. Considerações finais. Referências

1 A QUESTÃO DO DIREITO: PROTEÇÃO AO AUTOR OU PROTEÇÃO À OBRA?

A pergunta que se faz, de início, é se historicamente ocorreu um distanciamento entre o que seriam os fundamentos da proteção autoral e seus resultados, ou se desde o princípio o sistema de proteção já nasceu comprometido com outros valores. Em outros momentos já foi possível destacar a questão histórica e do paradigma cansado dessa proteção.²

Sendo o Direito histórico, é nesse contexto que necessariamente devemos inserir o direito autoral. Porém, encontramos um problema aqui. Enviesado. Torto. Parece que o “direito de autor” ia até muito bem antes de seu formal nascimento com uma natureza de “propriedade intelectual” da Revolução Francesa. Mas então, algum valor decorrente da Revolução Francesa pode ser criticado? Não é a Revolução fruto da razão iluminista? Sim, uma razão teórica que deixou de lado a base da moralidade histórica impregnada nos povos. E está certo isso? Bem, de fato, há um “convite” para um contrato social, que substitui o “estado de natureza”, locus da existência antes do advento de uma comunidade política.

A base do contrato social estará alicerçada nos direitos naturais, que pressupõe uma autoridade com poder limitado pelo mesmo contrato, assim como as pessoas são limitadas também pelo mesmo contrato. Não é necessário ir tão longe e discutir aqui se o estado de natureza ou o ser como animal político é a condição natural do ser humano. Podemos simplesmente lembrar que na concepção de sociabilidade os direitos são históricos, e assim é o direito autoral. Entretanto, podemos questionar

² Feudalismo no **Direito de autor**, de 2015 e Paradigma Cansado, de 2020.

se ocorreu aqui uma evolução de um “pré” direito (preconceito) para o direito historicamente posto, ou se ocorreu um salto “ornamental” para algo que sequer era pressuposto.

De todo modo, os valores de base, da Revolução, marcados por Direitos do Homem, irá expurgar os conhecidos “privilégios” no direito autoral, e rapidamente outra justificativa teria que ser encontrada para continuar protegendo a demanda de interesses de editores: assim a ideia de propriedade como um direito natural veio em boa hora. E esse é o salto ornamental, onde o atleta cai e fica muito machucado – típico de ânimos e entusiasmos revolucionários, nem sempre em todos os aspectos vinculados a uma experiência social e histórica, ainda mais quando se alastra infinitamente na base de uma crença no racionalismo.

Poderíamos dizer que um excesso de racionalismo, de “razão pura” deixou de lado os entendimentos tradicionais, do senso comum, e buscou inserir o direito do autor no contexto de um direito “natural” (histórica, concreta, prática), vinculado a uma “propriedade” artificial (teórica, metafísica).³ Ora, o autor estava inserido num contexto mais amplo, da coletividade, e foi inserido na ideia abstrata de individualismo liberal da revolução Francesa. Afinal, o exercício do direito autoral decorria de uma práxis, de um reconhecimento coletivo, de uma experiência cotidiana, não era necessário um esforço ou uma artificialidade teórica para justificá-lo. Ao mesmo tempo em que o direito autoral é tratado como uma “propriedade intelectual”, vemos aqui um paradoxo de ganho e perda de direitos humanos⁴, porque o ser deixa de ser guiado por valores coletivos, por compromissos responsáveis e cuidado com a pluralidade instituída pela práxis cotidiana.

Sim, o direito autoral surgiu de um mascaramento de sua verdadeira natureza. E sim, o direito autoral surgiu a partir de um pretendido direito de propriedade para obras incorpóreas, criativas, que possui uma pretensão de verdade, mas que é apenas “teórica”, pois não tem con-

³ Lembrando aqui Hanna Arendt: Hannah Arendt: o mundo não vê nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano (ARENDR, **Origens do totalitarismo**, p. 408).

⁴ ARENDR, **Responsabilidade e julgamento**., p.52.

sistência, já que não decorreram de uma aplicação prática, mas de uma elucubração metafísica pretensamente verdadeira pois baseada na razão “iluminada”.

Como refere José de Oliveira Ascensão, a Revolução Francesa anunciou o fim dos privilégios, então sob ameaça de sua extinção, “criou-se uma nova qualificação, para afastar aquele obstáculo. O Direito de Autor não seria um privilégio, mas uma propriedade” – ou seja, teorizou-se, e ela foi elevada, inclusive, à mais sagrada das propriedades⁵. Claro que se partimos do ponto de vista que o contrato social que originou tudo é fruto de um consentimento, chegaremos a esse ponto. Mas, nas pegadas de Hanna Arendt, se considerarmos que o contrato social é resultado histórico – e não apenas a teorização de um “consentimento”, poderíamos simplesmente construir diretrizes e conexões apenas com a justificativa numa razão “iluminada”, que criou também a ideia de “gênio”? Não.

Antes das ideias iluministas, que trouxeram a justificativa proprietária, a obra intelectual pertencia à coletividade, pois era natural receber continuamente contribuições, não era algo fechado, encerrado, finalizado. Pfister⁶ indica que sequer a qualidade de autor era central no Antigo Regime. Ou seja, no período onde dominavam ainda os privilégios, e em especial antes desses privilégios serem percebidos como forma de controle e censura, a criatividade era concebida como um processo participativo, completamente oposto à ideia racionalista, teórico-metafísica do individualismo revolucionário que empoderou o autor contra sua própria comunidade. Sem esquecer que os próprios privilégios não eram para os autores, mas para os impressores.

⁵ ASCENSÃO, **Direito de autor sem autor e sem obra**. p. 88. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/02/ASCENS%C3%83O-J.-Oliveira.-Direito-de-Autor-sem-Autor-e-Sem-Obra-2.pdf>

⁶ PFISTER, Laurent. Author and work in the French Print Privileges System: Some Milestones. In: DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel. **Privilege and Property: Essays on the History of Copyright**. Open Book Publishers: Cambridge: 2010, p.130.

2 A INGENUIDADE ACERCA DA ESCASSEZ DE OBRAS INTELECTUAIS

Por fim, não adianta muito discutirmos sob qual manto proprietário o resultado da produção intelectual criativa pode ser protegido e servir com o escopo de incentivar a produção intelectual. Nem a teoria utilitarista, com a maximização do bem-estar social (Landes e Posner), nem a teoria do trabalho (Locke), e nem a teoria personalista (Kant e Hegel) ou do plano social podem servir para mascarar perfeitamente a natureza da criação autoral no seu contexto histórico.⁷ Por evidência ela foi capturada por interesses específicos e enclausurada sob o manto da teoria proprietária.

Quer dizer que a criação intelectual era um bem público? De certa forma, aquelas criações intelectuais naqueles formatos possíveis, à época, antes das ideias iluministas, eram públicas. Mais tarde, a possibilidade e a necessidade de criar mecanismos para proteção de inventos justificou um contrato entre criador e o Estado, de modo a que o Estado pudesse garantir exclusividade por um determinado período de tempo (em geral 15 a 20 anos) de modo a que essa exclusividade pudesse resultar logo em aproveitamento público e de fato, incentivo à competição criativa. Mas isso de forma alguma poderia ser aplicado às obras intelectuais criativas, artísticas, a não ser que se queira limitar sua circulação. E se quis, e assim foi feito⁸. E assim decretou Ascensão: “a influência dos intelectuais decresce numa sociedade dominada pelo mercado”.⁹

O que se pretendeu foi injetar na criação intelectual, livre, incorpórea, intangível, uma característica de escassez, como se pudesse ser aprisionada no espaço privado. Um artifício muito lucrativo, sem dúvida, considerando que a redução de um bem de natureza pública, compulsoriamente, a uma natureza privada, se revelou extremamente lucrativa. Entretanto, o lucro, sabemos, está nas mãos de poucos, de grandes corpo-

⁷ FISHER, William. **Theories in Intellectual Property**. s.d. Publicado originalmente em 1999. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>, acesso em 14/04/2017. p. 1-2.

⁸ Ver a tese da tragédia dos comuns, de Garret Hardin (1968).

⁹ ASCENSÃO, **Direito de autor sem autor e sem obra**, cit. p. 91.

rações, com as quais é bastante difícil debater e dialogar, ainda que uma tal simplificação seja uma atitude evidentemente ingênu¹⁰.

Por isso que espanta o salto ornamental: o sistema de privilégios migrou para o sistema proprietário, e enquanto o privilégio era considerado um monopólio combatido, estranhamente a razão iluminada entendeu que era razoável substituir aquele monopólio combatido por outro, apenas mudando o nome. Aliás, exatamente por isso que os direitos morais só surgem muito tempo depois, por volta do século XIX – um direito moral (ou pessoal) que passa a não ter limites, ampliando-se praticamente de modo indefinida a sua proteção e extensão. Isso afastou mais ainda as versões inglesa e continental do direito de autor, e o que sempre foi distinto, com o sistema common law, focando na impressão (recusando um direito moral), e o sistema romano passou a focando na “extrema dignidade da criação intelectual” (antes no autor, do que na obra), só teve aproximação a partir do século XX, através do direito internacional.¹¹

O que acontece é que o escopo ou justificação do direito de “propriedade” como estímulo à criação e recompensa só pode ser considerado em termos de recompensa, ou retorno a um investimento, mas não como estímulo, porque a limitação ao acesso ou a exclusividade em si barra os demais e o próprio autora a outras criações.

Portanto, a premissa do estímulo é inválida, e tão claramente inválida quanto é a premissa de que a proteção gera mais produção intelectual. Não, não gera, ao menos não gera uma democratização do conhecimento a ponto de generalizá-lo para produzir conteúdo ou qualidade. Há maior produção do conhecimento, tanto em criatividade quanto em intensidade quando há máxima liberdade na comunicação científica.¹²

¹⁰ KUHLEN, Rainer. A informação é um bem público ou privado? Uma perspectiva global, também para as bibliotecas. **Revista Jurídica do Cesuca**. v. 1, jul/2013, p. 90.

¹¹ “Inicialmente, não se falou em direito moral. O direito de autor era uma realidade unitária, que atribuía um exclusivo em contrapartida da criação realizada. Não se pensava em separar um direito patrimonial de um direito pessoal do autor” (Ascensão, cit., p. 89) – sendo que para Ascensão a melhor qualificação é como direito pessoal, e não moral, de influência francesa, e entre as concepções francesa, inglesa e germânica, vê esta última como a mais aperfeiçoada, por conceber o direito de autor de forma monista.

¹² KUHLEN, cit. p. 101-103.

3 O PROBLEMA QUE SEMPRE FOI POLÍTICO

Estamos aqui diante de dois interesses bastante claros: o interesse de empresas, e o interesse de um criador individual, de uma pessoa, de um indivíduo, que possui direitos fundamentais, direitos humanos, historicamente construídos e reconhecidos. Portanto, devemos pensar em como proteger os interesses empresariais, e como proteger os interesses de autores, indivíduos, que criam, e que consomem, e que necessitam acesso livre a bens que tradicionalmente eram públicos e foram privatizados.

O que não se pode aceitar é que autores paguem a conta de um custo que é realizado por empresas, ou seja, que a culpa da escassez ou dificuldade de acessar obras seja atribuída a um direito “do autor”, porque o que acontece é uma desvirtuação do instituto que está confundindo a cabeça de muitos, inclusive, por conta de uma mídia que usa autores indivíduos e que os quer penalizados, criminal e civilmente, por um acesso que deveria ser a base do incentivo à produção cultural.

Considerando agora que a proteção a bens incorpóreos alcançou o nível das informações, e que o controle das informações implica em domínio de quem possui a informação e limite de liberdade e dependência de quem não a possui, estamos diante de uma questão que ultrapassa a esfera jurídica e atinge a política. Não se pode mais negar que se trata de um poder extremamente prejudicial a nações que não detém conhecimento tecnológico e sobre a informação. Isso gera uma cultura pobre, vazia, como destaca Ascensão, não uma “cultura popular”, porque é uma cultura injetada, o povo não é agente ativo, apenas passivo, consumidor dela. Há necessidade de ousar, como convida Ascensão: colocar em causa o paradigma e separar a proteção da empresa e não a confundir mais com um ramo do direito que tem fundamento na criação, concedendo faculdades pessoais e que de fato fomenta a cultura.

José de Oliveira Ascensão fornece uma visão bastante clara de um desenvolvimento histórico que traçar, acerca do que ele chama de justificativa falaciosa da proteção autoral, que abaixo é resumido:¹³

¹³ “Difícilmente podemos pretender que vivamos numa sociedade da cultura. Uma sociedade que se move ao sabor dos índices das audiências; em que. Os livros se vendem

1. A obra como coisa pública (até o medievo, aproximadamente).
2. Privilégios aos impressores (a partir da disseminação da prensa, século XV).
3. Direito de Propriedade (Revolução Francesa, 1789, século XVIII) – o Direito Autoral nasce na transição entre o século XVIII para XIX, sob o paradigma da proteção e estímulo ao criador intelectual.
4. Surgimento de um Direito “moral” do autor (no século XIX), que com o tempo se amplia a ponto de se tornar um sustentáculo para os direitos pecuniários;
5. Aproximações entre o sistema da common law e sistema do direito romano, por conta da efetiva internacionalização do direito de autor (Convenções internacionais de Berna, 1886, e de Paris, 1883).
6. Séc. XX – no lugar de se concentrar na proteção como estímulo ao criador. Individual, com fundamento na dignidade máxima do ato de criar, o Direito Autoral protege a cada dia mais banalidades da sociedade de massas, tendendo a tornar-se Absoluto, onde os limites são “exceções”, e onde o exclusivo não tem mais limites, é perpétuo. GATT, TRIPS, OMC.
7. Séc. XXI – O direito de autor sem autor: a obra é uma mercadoria e o próprio direito do autor é uma mercadoria. É um direito de autor, sem autor. E também sem obra, pois a proteção a conteúdos em rede, seja qual for seu conteúdo, e não obras criativas, ou ainda a qualquer “banalidade sem o mínimo de criatividade”.

É possível, por outro lado, realizar uma comparação envolvendo o significado da criação intelectual, significado de autores, de cópia e imitação, significado de originalidade, das limitações ao direito, no decorrer do tempo.

porque são best sellers, e não pelo seu conteúdo; em que os meios de comunicação e a publicidade apelam, aos sentimentos mais torpes para chamar a atenção (isto é, vender), não é certamente uma sociedade da cultura. É uma sociedade fortemente alimentada pelas hoje chamadas indústrias de conteúdos (ASCENSÃO, **Direito de autor sem autor e sem obra**, cit. p. 99-107).

	ATIGUIDADE	MEDIEVO	MODERNIDADE	HOJE
CRIAÇÃO INTELCTUAL	Não é resultado de um único indivíduo, mas das influências do seu contexto de vida. É de uma coletividade.	A criação da imprensa faz surgir os privilégios	Vínculo personalismo decorrente do individualismo exacerbado	Titulares de direito cada dia mais são empresas produtoras culturais
AUTORES	Reconhecidos mais por sua originalidade na transmissão da tradição do que por sua criatividade. Há um pertencimento ao todo.	Os editores eram reconhecidos como titulares de um direito	O direito é transferido aos autores, pelos valores individualistas do iluminismo – surge o “gênio criativo”.	O autor está desaparecendo e em seu lugar surge a produção em escala de cultura e sua banalização
CÓPIA E IMITAÇÃO	Era fundamental para o desenvolvimento da criatividade	Cópia e colaboração não eram vistas de modo pejorativo	A cópia passa a ser banida, devido ao direito de propriedade e ao vínculo ao direito de personalidade.	A cada dia que passa, tudo o que está submetido à tecnologia passa a estar protegido, com uma verdadeira privatização dos bens intelectuais.
ORIGINALIDADE	Não havia essa importância, já que a reprodução era até elogiada	Havia incentivo para a cópia, sem exagero na importância da originalidade, o foco estava mais no acesso a obra.	Surge a preocupação com a originalidade e o banimento da cópia.	Qualquer cópia hoje é acusada de pirataria. E qualquer adaptação sem autorização pode ser vista como plágio.
LIMITAÇÕES AO AUTOR	O público tinha acesso total e irrestrito, apenas era difícil o acesso a exemplar físico	A dificuldade inicia quando surgem os privilégios	Surgem as limitações ao direito do autor que são tratadas muitas vezes como exceções.	A proteção aumenta de tal forma que praticamente qualquer uso pode ser visto como violação, sem qualquer equilíbrio entre interesses público e privado.
CULTURA: ACESSO E CRIAÇÃO	Todos podem criar e ter livre acesso, apesar das restrições aos originais, mas liberdade para criar	Os privilégios limitam o que vai ser editado, são usados como censura, a cultura começa a sofrer mecanização.	A cultura é para “gênios”, iluminados e pensadores extraordinários, o direito de base individualista e personalista restringe cada vez mais o acesso à cultura para sua recriação.	A cultura é produzida industrialmente e vendida como mercadoria. Autores não tem direito de recriar ou adaptar, sem autorização. A cultura popular está desaparecendo, pois ela é produzida industrialmente.

O comparativo serve para que se possa ter uma visão mais ampla do que ocorreu, e como o uso das palavras foi prejudicial para o entendimento e desenvolvimento de uma proteção legal efetiva, que equilibre interesses de autores e coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os valores da Revolução Francesa foram fundamentais para o nascimento de uma nova ordem no Ocidente, que se refletiu, às vezes com bastante demora, nos povos colonizados, o que nem de longe é contraditório, uma vez que aqueles valores valiam antes para a França, e apenas muito mais tarde foram refletindo para além de seus limites – basta observar a continuidade de tratamento que sofriam as colônias.

Em relação ao direito dos autores, o que se observou foi um verdadeiro salto ornamental de uma realidade legal, marcada por privilégios, que possuíam um fundamento teórico, para os direitos dos autores, de modo que no contexto dos valores revolucionários os privilégios pareciam ter desaparecido, porém, surgiram quase que subliminarmente através da pregação de um ideal de reconhecimento de autoria, de valorização da propriedade e da personalidade, de apoio à criatividade, que na realidade seria administrado pelos que antes detinham privilégios, como os séculos puderam comprovar.

Por isso, o direito autoral surgiu de um mascaramento de sua verdadeira natureza, ou nunca surgiu, pois se ele surgiu para mascarar interesses dos detentores de privilégios, seu sistema não funciona como deveria, pois é resultado dessa elucubração metafísica baseada na razão iluminista, difícil de ser rechaçada. Havia um erro de formação ali, entretanto, um alienígena pretendendo-se titular de direitos com base nas fundamentações revolucionárias.

Para compreender, e efetivamente recuperar o sentido de autor, é necessário que sejam retomadas as considerações históricas acerca da autoria e criação literária e artística. A ideia de “gênio criativo” não atrapalha apenas as reflexões no Direito, mas levaram ao prestígio de prêmios a pessoas consideradas “gênios da ciência” dificultando a noção de que pessoas comuns são capazes de grande criatividade, inventividade e criações de obras. O que compromete inclusive o ensino de ciências nos níveis fundamentais (o que é objeto de outro estudo que será publicado), onde jovens se veem muitas vezes oprimidos pela “genialidade” de criadores,

sem imaginar que para uma grande invenção muitas vezes milhares de erros foram necessários.

É necessário também, separar adequadamente os estudos teóricos envolvendo os fundamentos de proteção a invenções, designs, marcas, e os fundamentos envolvendo as criações literárias e artísticas, do contrário, fica muito difícil conseguir enxergar além do que a força dos privilégios do medievo alcançaram, que foi a substituição de uma palavra, privilégio, por outra, usando para isso o ideal de proteção a uma obra intelectual, cujo resultado deveria favorecer o criador original – este, que restou completamente descontextualizado da sociedade, da coletividade, e erigido como “gênio” criativo.

Algumas possibilidades acerca de como equilibrar interesses de empresários, autores e coletividade já foram desenhadas, em geral vinculadas aos direitos consumeristas e concorrência desleal, mas é fato que a coletividade como ente tem sido deixada de lado. E ao fim e ao cabo, deixá-la de lado significa desproteger também o autor, e os próprios interesses das empresas, o que pode parecer difícil de entender em um primeiro momento, mas basta observar as novas formas de negócios para perceber que novas gerações já estão conseguindo desenvolver empresas rentáveis sem minar o acesso a bens intelectuais.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ASCENSÃO, **Direito de autor sem autor e sem obra**. p. 88. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/02/ASCENS%C3%83O-J.-Oliveira.-Direito-de-Autor-sem-Autor-e-Sem-Obra-2.pdf>

BOYLE, James. **The public domain: enclosing the commons of the mind**. Yale University Press, 2008.

JAHN, Robert; DUNNE, Brenda. **Consciousness and the Source of Reality**. ICRL Press, Princeton, New Jersey, 2011.

FISHER, William. **Theories in Intellectual Property**. s.d. Publicado originalmente em 1999. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/ip-theory.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017. p. 1-2.

HARDIN, Garret. **The tragedy of the Commons**. *Science*, 13 Dec 1968: v. 162, issue 3859, p. 1243-1248. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em: 23 out. 2017.

KRETSCHMANN, Ângela. *Feudalismo no direito autoral: um mal necessário?* In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero. (Org.). **Direito Civil: Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 169-189.

KRETSCHMANN, Ângela; ROCHA FILHO, João Bernardes da. **Universos paralelos para um paradigma cansado: a criação intelectual**. XII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. 2018, p. 639-695. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/334398559_Universos_paralelos_para_um_paradigma_cansado_a_criacao_intelectual

KUHLEN, Rainer; Peter Naumann, Tradutor. A informação é um bem público ou privado? Uma perspectiva global, também para as bibliotecas. **REVISTA JURÍDICA DO CESUCA**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 89 a 107, jun. 2013. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/377>, acesso em 15 ago. 2017.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. An Economic Analysis of Copyright Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 2, jun/1989. p. 325-363. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24101229_An_Economic_Analysis_of_Copyright_Law/download acesso em 08/12/2017.

LANDES, William M.; POSNER, Richard. An economic analysis of copyright law. IN WITTMAN, Donald A. **Economic analysis of the law: selected readings**. Blackwell: Oxford, 2003.

PFISTER, Laurent. Author and work in the French Print Privileges System: Some Milestones. In: DEAZLEY, Ronan; KRETSCHMER, Martin; BENTLY, Lionel. **Privilege and Property: Essays on the History of Copyright**. Open Book Publishers: Cambridge: 2010, p.130.

PECORARI, Diane. **Academic Writing and Plagiarism: A Linguistic Analysis**. Continuum: London, 2010, p. 1.

Recebido: 04/04/2021

Aprovado: 25/04/2021



**RESENHAS E
OUTROS ESTUDOS**

PARTE V

RRDDIS

RESENHA CRÍTICA

Livro: Arbitraje em Contratos Internacionales de Transferência de Tecnologia

Autor do livro: Guillermo Palao Moreno

Autor da Resenha: Marcos Wachowicz¹

1 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

PALAO MORENO, Guillermo. **Arbitraje en Contratos Internacionales de Transferência de Tecnologia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p 292 – ISBN 978-84-1355-617-8

2 APRESENTAÇÃO DO AUTOR DA OBRA

O Autor Guillermo Palao Moreno é Professor de Direito Internacional Privado na Universidade de Valência e Doutor em Direito pela Universidade de Valência (Prêmio Extraordinário - 1994).

Foi Vice-reitor de Internacionalização e Cooperação da Universidade de Valência.

¹ Professor de Direito no Curso de Graduação da Universidade Federal do Paraná - UFPR e docente no Programa de Pós-Graduação-PPGD da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa - Portugal. Professor da Cátedra de Propriedade Intelectual no Institute for Information, Telecommunication and Media Law - ITM da Universidade de Münster - ALEMANHA (2018). Coordenador-lider do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI / UFPR vinculado ao CNPq.

É Professor de pós-graduação e inúmeras conferências em eventos nacionais e internacionais, na Espanha, Europa e América Latina. Acadêmico correspondente da «Real Academia de Jurisprudência e Legislação da Espanha». Membro associado da “ *International Academy of Comparative Law* ”. *Fellow* membro do “ Instituto de Direito Europeu”. Membro Consultivo do “ Grupo de Estudo sobre o Código Civil Europeu”. Membro associado do “Center for Private *International Law*”, *University of Aberdeen* (Reino Unido). Membro da “Comissão Valenciana para a União Europeia”. Membro das seguintes associações profissionais e científicas: “Associação Espanhola de Professores de Direito Internacional e Relações Internacionais”; “*American Association of Private International Law*”; “Associação Hispano-Alemã de Juristas”, “*MedArb R&D Group, University of Valencia*”; Membro da Rede Ibero Americana de Propriedade Intelectual – RIAPI; É coordenador líder do “Grupo I + D Propriedade Intelectual e Industrial, Universidade de Valência”. É autor individual de mais de 5 livros e coautor em mais de 10 obras coletivas, publicados na Espanha e no exterior sobre temas de Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual. E mais de uma centena de obras científicas, entre capítulos de livros, artigos, notas e resenhas, publicado em revistas especializadas.

3 PERSPECTIVA TEÓRICA DA OBRA

A obra *Arbitragem em Contratos Internacionais de Transferência de Tecnologia* possui uma abordagem profunda e exaustiva sobre a importância de uma prática de prevenção e de eficientes métodos de solução de controvérsias, com especial foco na arbitragem internacional.

O estudo apresenta uma seleção cuidadosa do marco de solução de controvérsias que devem figurar nas negociações dos múltiplos contratos concluídos nas diferentes etapas das atividades de I+D+i, a comercialização e os processos de transferência de tecnologia.

A obra de Guillermo Palao Moreno apresenta de forma clara e detalhada as múltiplas vantagens que se podem aferir da arbitragem internacional no tocante a transferência de tecnologia, principalmente no momento de dirimir controvérsias internacionais, destacando: (i) a elei-

ção de um foro neutro; (ii) de árbitros especializados; (iii) a confidencialidade; (iv) a possibilidade de aglutinar diversas controvérsias num único procedimento; e, (v) a execução internacional dos laudos arbitrais.

A obra está dividida em três capítulos sobre: (i) Transferência de Tecnologia e Contratos de Transferência de Tecnologia Internacional; (ii) Litígios Internacionais em Contratos de Transferência de Tecnologia: análise particular da mediação e da via jurisdicional; e, (iii) Contratos Internacionais de Transferência de Tecnologia e Arbitragem.

A lógica da argumentação utilizada na obra é sólida, apresentado a relevância prática que possui a atividade de transferência de tecnologia de caráter transfronteiriço, os riscos que cercam tal atividade, a complexidade de marcos regulatórios e de interesses públicos e privados.

A obra possui uma seleção criteriosa que revela muito bem as diversas possibilidades de litígios internacionais decorrentes dos acordos e contratos que são praticados na atualidade. Inclusive das opções litigiosas que são pactuadas nos acordos internacionais de transferência de tecnologia, detectando a crescente utilização da opção por arbitragem, mais especificamente de cláusula de resolução de controvérsias, que normalmente se incorpora nestes tipos de contratos internacionais.

O Recurso da Arbitragem Internacional ocupa lugar central no estudo, abordando as peculiaridades que oferece o procedimento, sua relação com os tipos de acordos relativos a transferência de tecnologia transfronteiriça.

4 BREVE SÍNTESE DA OBRA

A Tecnologia e inovação constituem importantes ativos intangíveis altamente estratégicos para as empresas e elementos competitivos entre Estados. O livro aborda a prática das empresas no ambiente global, no qual cada vez mais se observa um aumento da contratação internacional em relação a proteção e a transferência da tecnologia.

O livro apresenta de forma didática os sujeitos participantes e os interesses envolvidos nos negócios internacionais que envolvem tecnologia, fazendo uma análise tipológica quanto a sua, natureza jurídica, objeto,

dinâmica negocial e também, das cláusulas contratuais habituais. Desta forma, a obra apresenta uma ampla categoria contratual e a diversidade de conflitos que ela gera, objetivando analisar as diferentes opções contenciosas que se abrem no tocante a eventuais litígios no âmbito dos processos de transferência internacional.

Os mecanismos de regulação dos contratos internacionais, especificamente com foco no Direito Internacional Privado, com foco na determinação da lei aplicável, são analisados com profundidade e clareza, oferecendo critérios para aplicação em casos concretos de eventuais soluções quantos aos elementos de conexão nas regras de solução de conflitos existentes na União Europeia. A análise criteriosa da seleção do mecanismo de resolução de disputas que melhor se adapte às peculiaridades e circunstâncias que envolvem os negócios que envolvem transferência de tecnologia é um elemento prático, que estão presentes no cotidiano profissional dos operadores do direito e dos profissionais de comércio exterior.

Os interesses díspares e conflituosos subjacentes a estas transações, bem como a sua complexidade negocial e técnica, conduziram a um aumento dos litígios transfronteiriços nesta área, ao surgimento de riscos múltiplos e a um nível indesejável de insegurança jurídica.

A obra através de um estudo sólido e exaustivo das legislações e tratados existentes sobre a matéria, oferece um aspecto prático e essencial para os profissionais da área sobre quais elementos devem ser considerados para a prevenção e resolução mais eficientes das eventuais controvérsias que seriam objeto de arbitragem comercial internacional.

5 PRINCIPAL TESE DESENVOLVIDA NA OBRA

A obra apresenta como principal tese, a importância de se utilizar de mecanismos alternativos aos procedimentos judiciais, a exemplo da arbitragem comercial internacional, como meio de prevenção e também solução das controvérsias e litígios, atinentes aos contratos internacionais de transferência de tecnologia.

6 REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE OBRA E IMPLICAÇÕES

As reflexões que emergem da obra sobre a contratação internacional dos setores de transferência de tecnologia, suscitam complexas questões negociais e jurídicas, que são analisadas no estudo inclusive no dinamismo que se manifesta nos setores tecnológicos.

Nesse sentido, dentre as diversas possibilidades de litígios que emergem dos contratos de transferência de tecnologia, a arbitragem é o centro da reflexão, como o mecanismo privado e heterocompositivo, que conta com inúmeras vantagens para atender tais litígios na garantia da confidencialidade, privacidade, flexibilidade, especialização, celeridade e redução de custas.

Deste modo, seria a arbitragem a resposta única e global aos litígios supervenientes as relações contratuais de transferência de tecnologia, favorecendo a confiança, a previsibilidade, a adaptação dos interesses das partes, em prol da manutenção das relações comerciais no cumprimento voluntário do laudo arbitral.

Contudo, a escolha da arbitragem como mecanismo de prevenção e solução de controvérsias, há que se depender não só dos elementos distintos e dos critérios escritos, mas da adoção deste mecanismo através de uma resolução que a tornasse um meio global de solução de litígio em uma única instância, limitando a possibilidade de recursos posteriores, e o reconhecimento pela maioria dos países.

Recebido: 03/03/2021

Aprovado: 25/03/2021

RRDDIS

DERECHO DE NUEVAS TECNOLOGIAS E IDENTIDAD DIGITAL

New Technologies Law and Digital Identity

Carlos A. Ferreyros Soto¹

RESUMEN:

Derecho de Nuevas Tecnologías/Derecho de Personas e Informática/Identidad Digital/Tecnologías Convergentes e Integradoras/Tecnologías de la información y de las comunicación/TICs/Nanotecnologías/Biotecnologías/Tecnologías del Conocimiento/NBIC/Derecho y obligaciones de la persona física real/ Derecho y obligaciones de la persona digital.Existencia/Identidad e Individualización/Nombre/Unificación/Sexo/Nacionalidad/ Actos de estado civil/ Derechos de la personalidad, libertades e igualdades/Derecho a-sobre la imagen/Derecho al honor/Derecho a la vida privada y a la intimidad/Libertades individuales/Igualdad civil/Libro Derecho de Personas e Informática/Editorial Grijley 2016/Elena y Carlos Ferreyros Soto/David Mauricio Sánchez/ Perú//

Palabras clave: Nuevas Tecnologías; Identidad Digital; Derecho y obligaciones de la persona física real.

ABSTRACT:

New Technologies Law/Personal and Computer Law/ Digital Identity/Digital Identity/Convergent and Integrating Technologies/Information and Communication Technologies/ICTs/Nanotechnologies/Biotechnologies/Knowledge Technologies/NBIC/Rights and obligations of the real physical person/ Rights and obligations of the digital person. Existence/Identity and Individualization/Name/Unification/Sex/Nationality/ Acts of civil status/Personality rights, liberties and equality/Right to image/Right to honor/Right to private life and intimacy/Individual liberties/Civil equality/Book Derecho de Personas e Informática/Editorial Grijley 2016/Elena and Carlos Ferreyros Soto/David Mauricio Sánchez/Peru///

Keywords: *New Technologies; Digital Identity; Law and obligations of the real natural person.*

¹ Doctor en Derecho Informático (Université Montpellier 1, Francia), Abogado y Sociólogo (Universidad Nacional Mayor de San Marcos), y Diplomado en Relaciones Internacionales de la Academia Diplomática de Madrid, España. E-mail: cferreyros@hotmail.com / <https://derecho-ntic.blogspot.com/>

SUMÁRIO

Nanotecnologías Biotecnologías Informática Ciencias Cognitivas. (NBIC). Ciencia, Tecnología NBIC. ¿Qué es Tecnología? ¿Qué es técnica?Cuál es el propósito de las tecnologías? ¿A qué se denomina NBIC? ¿Qué son y qué funciones tienen las Nanotecnologías? ¿Qué son y qué funciones tienen las Biotecnologías? Biotecnología aplicada a salud humana. Biotecnología alimentaria. Biotecnología industrial farmacéutica. Biotecnología ambiental. Biotecnología agropecuaria (vegetal y animal). ¿Qué es y cuáles son las funciones por la informática? ¿Qué son y qué funciones tienen las Ciencias Cognitivas? La convergencia como principio fundamental del progreso. ¿Por qué razones utilizamos las NBIC? Razones Económicas, de Salud, Psicológicas, Sociales. Razones Micro Económicas. Razones Macro Económicas-Sociales: .- Lógica del sistema liberal de competencia. .- Innovación: descubrimiento de nuevas tecnologías .- Normalización, o estandarización. -Miniaturización.- Posicionamiento y control mercantil.- Hegemonía. ¿Consecuencias de las NBIC? PERSONA FÍSICA Y DIGITAL. 1) Derecho y obligaciones de la persona física real.1.1. Existencia. 1.1.1. Cuerpo humano. 1.1.1.1. Disposición del propio individuo. 1.1.1.2. Amenazas y violaciones por terceros. 1.1.2. Existencia propiamente tal. 1.1.2.1. Nacimiento. 1.1.2.2. Muerte. 1.1.2.3. Consecuencias. 1.1.3. No presencia física. 1.1.3.1. Alejamiento. 1.1.3.2. Ausencia. 1.1.3.3. Desaparición. 1.2. Identidad e individualización. 1.2.1. Identificación. 1.2.1.1. Acción de Identificación. 1.2.1.2. Falta de identificación. 1.2.2. Nombre. 1.2.3. Ubicación. 1.2.3.1. Domicilio. 1.2.3.1.1. Interés social. 1.2.3.1.2. Características. 1.2.3.1.3. Reglas de su determinación. 1.2.3.1.4. Protección del Domicilio. 1.2.3.2. Residencia. 1.2.4. Sexo. 1.2.4.1. Diferencia de sexo. 1.2.4.1.1. Comprobación. 1.2.4.1.2. Transexualismo. 1.2.4.1.3. Consecuencias. 1.2.4.2. Igualdad de sexo. 1.2.4.2.1. Principios. 1.2.4.2.2. Excepción. 1.2.5. Nacionalidad. 1.2.5.1. Antecedentes. 1.2.5.2. Definición y derechos humanos.1.2.5.2.1. Definición. 1.2.5.2.2. Derechos humanos. 1.2.5.3. Adquisición y pérdida de la nacionalidad originaria o adquirida. 1.2.5.3.1. Adquisición. 1.2.5.3.2. Pérdida. 1.2.5.3.3. Recuperación. 1.2.5.3.4. Efectos. 1.2.5.3.5. Doble o múltiple nacionalidad. 1.2.5.4. Conflictos de nacionalidad. 1.2.5.4.1. Clases. 1.2.5.4.2. Sobre la persona. 1.2.5.4.3. Origen. 1.2.5.4.4.

Resolución de conflictos. **1.2.5.4.5.** Instrumentos jurídicos reguladores. **1.2.5.5.** Régimen de la nacionalidad en el Perú. **1.2.5.5.1.** Legislación nacional. **1.2.5.5.2.** Objeto. **1.2.5.5.3.** Fases. **1.2.6.** Actos de estado civil. **1.2.6.1.** En servicio público de estado civil. **1.2.6.1.1.** Principio de juridicidad. **1.2.6.1.2.** Principio de misión de la administración. **1.2.6.2.** Los propios actos de estado civil. **1.2.6.2.1.** Formalismo. **1.2.6.2.2.** Valor probatorio. **1.2.6.2.3.** Publicidad. **1.2.6.3.** Los procesos en materia de estado civil. **1.2.6.3.1.** Procesos rectificativos. **1.2.6.3.2.** Procesos supletorios. **1.3.** Derechos de la personalidad, libertades e igualdades. **1.3.1.** Derecho de la personalidad. **1.3.1.1.** Derecho a la imagen. **1.3.1.1.1.** Derecho a la imagen. **1.3.1.1.2.** Derecho sobre la imagen. **1.3.1.2.** Derecho al honor. **1.3.1.2.1.** Definición. **1.3.1.2.2.** Amenazas. **1.3.1.3.** Derecho a la vida privada y a la intimidad. **1.3.1.3.1.** Concepto de vida privada. **1.3.1.3.2.** Difusión de informaciones relativa a la vida privada. **1.3.1.3.3.** Excepciones al derecho de la vida privada. **1.3.1.3.4.** Rasgos comunes al derecho de la personalidad. **1.3.2.** Libertades individuales. **1.3.2.1.** Libertad de movimiento. **1.3.2.2.** Libertad de hacer y no hacer. **1.3.2.3.** Libertad de domicilio o inviolabilidad. **1.3.2.4.** Libertad de conciencia. **1.3.2.5.** Libertades Profesionales. **1.3.3.** Igualdad civil. **1.3.3.1.** Principios y límites a la igualdad civil. **1.3.3.2.** Las desigualdades legitimadas. **1.3.3.2.1.** Excepciones al derecho civil clásico. **1.3.3.2.2.** Excepciones del derecho civil contemporáneo. **1.3.3.3.** Discriminaciones. 2) Derecho y obligaciones de la persona digital. **2.1.** Existencia. **2.1.1.** Cuerpo humano. **2.1.1.1.** Disposición del propio individuo. **2.1.1.2.** Amenazas y violaciones por terceros. **2.1.2.** Existencia propiamente tal. **2.1.2.1.** Nacimiento. **2.1.2.2.** Muerte. **2.1.2.3.** Consecuencias. **2.1.3.** No presencia física. **2.1.3.1.** Alejamiento. **2.1.3.2.** Ausencia. **2.1.3.3.** Desaparición. **2.2.** Identidad e Individualización. Identidad. Nombre. **2.2.3.** Ubicación. **2.2.3.1.** Domicilio. **2.2.3.1.1.** Interés social. **2.2.3.1.2.** Características. **2.2.3.1.3.** Reglas de su determinación. **2.2.3.1.4.** Protección del Domicilio. **2.2.3.2.** Residencia. **2.2.4.** Sexo. **2.2.4.1.** Diferencia de sexo. **2.2.4.2.** Igualdad de sexo. **2.2.5.** Nacionalidad. **2.2.5.1.** Antecedentes. **2.2.5.2.** Definición y derechos humanos. **1.2.5.3.** Adquisición y pérdida de la nacionalidad originaria o adquirida. **2.2.5.4.** Conflictos de nacionalidad. **2.2.5.5.** Régimen de la nacionalidad en el Perú. **2.2.6.** Actos

de estado civil. **2.2.6.1.** En servicio público de estado civil. **2.2.6.2.** Los propios actos de estado civil. **2.2.6.3.** Los procesos en materia de estado civil. **2.3.** Derechos de la personalidad, libertades e igualdades. **2.3.1.** Derecho de la personalidad. **2.3.1.1.** Derecho a la imagen. **2.3.1.1.1.** Derecho a la imagen. **2.3.1.1.2.** Derecho sobre la imagen. **2.3.1.2.** Derecho al honor. **2.3.1.2.1.** Definición. **2.3.1.2.2.** Amenazas. **2.3.1.3.** Derecho a la vida privada y a la intimidad. **2.3.1.3.1.** Concepto de vida privada. **2.3.1.3.2.** Difusión de informaciones relativa a la vida privada. **2.3.1.3.3.** Excepciones al derecho de la vida privada. **2.3.1.3.4.** Rasgos comunes al derecho de la personalidad. **2.3.2.** Libertades individuales. **2.3.2.1.** Libertad de movimiento. **2.3.2.2.** Libertad de hacer y no hacer. **2.3.2.3.** Libertad de domicilio o inviolabilidad. **2.3.2.4.** Libertad de conciencia. **2.3.2.5.** Libertades Profesionales. **2.3.3.** Igualdad civil. **2.3.3.1.** Principios y límites a la igualdad civil. **2.3.3.2.** Las desigualdades legitimadas. **2.3.3.2.1.** Excepciones al derecho civil clásico. **2.3.3.2.2.** Excepciones del derecho civil contemporáneo. **2.3.3.3.** Discriminaciones. Regulación de NBIC. Regulación y NBIC. Constitución y Leyes. Prejuicios. Jerarquía e Interpretación. Precedencia. La ciencia, la tecnología y la evidencia. Conclusión. Post Conclusión: El Transhumanismo. BIBLIO

CIENCIA, TECNOLOGÍA NBIC

¿Qué es Tecnología?

Conjunto de los conocimientos propios de una técnica.

Un útil, herramienta, un instrumento tecnológico

¿Qué es técnica?

Conjunto de procedimientos o recursos que se usan en un arte, en una ciencia o en una actividad determinada, en especial cuando se adquieren por medio de su práctica y requieren habilidad, destreza.

La técnica es una forma de conocimiento, primero empírico, luego formal, finalmente, científico.

Cuál es el propósito de las tecnologías?

Hacer más eficiente las limitadas capacidades de la persona humana:

Extender o compensar las capacidades de la persona humana

Primero: Capacidades físicas

Actualmente: Capacidades psicológicas, racionales, intelectuales, cognitivas.

¿A qué se denomina NBIC?

- **N**anotecnologías
- **B**iotecnologías
- **I**nformática
- **C**iencias Cognitivas

NBIC es un acrónimo de nanociencia y nanotecnología, biotecnología y biomedicina (incluida la ingeniería genética), tecnología de la información y ciencia cognitiva y neurociencia. Se espera que este conjunto de tecnologías relacionadas tenga importantes implicaciones para la sociedad y, por tanto, para la profesión jurídica. El concepto NBIC, nombrado a finales de 2001, fue el resultado de una reunión que exploró las implicaciones sociales de la investigación en nanotecnología. Representa una «combinación multidisciplinaria de ciencia, ingeniería, tecnología y medicina» y el gobierno canadiense ha señalado que esta convergencia tendrá un valor estimado en el mercado mundial de 260.000 millones de dólares estadounidenses para 2005. Las implicaciones generales de la NBIC incluyen la ampliación de la cognición y la comunicación humanas, mejora de la salud humana y las capacidades físicas, nuevas oportunidades para fortalecer la seguridad nacional, nuevos métodos de apren-

dizaje y educación, y una sociedad en red con una inteligencia colectiva global. Los problemas legales planteados por NBIC afectarán no solo la ley de propiedad intelectual, sino también una variedad de otras áreas de práctica, como la ley de privacidad, la discriminación, la transferencia de tecnología, la responsabilidad extracontractual y la ley de salud. Se espera que haya nuevas variaciones de los viejos juicios por agravio que surjan del uso de la nanotecnología. Los nuevos productos y procesos creados por la nanotecnología requerirán nuevas formas y grados de regulación. La generación de información biomédica sobre la estructura del ADN y la propensión a enfermarse tendrá efectos sobre la privacidad individual. El potencial de manipulación del cerebro humano que surge de la convergencia de la neurociencia y la bioingeniería probablemente requerirá y atraerá regulación. Para el texto de «Tecnologías convergentes para mejorar el desempeño humano: nanotecnología, biotecnología, tecnología de la información y ciencia cognitiva», un informe de EE. UU. Patrocinado por la National Science Foundation y el Departamento de Comercio, consulte: <http://www.wtec.org/> Tecnologías convergentes. Para el sitio web de Industry Canada sobre tecnologías convergentes, visite: <http://makeashorterlink.com/?N24523F46>. Resumen de: Clare McCurley

¿Qué son y qué funciones tienen las Nanotecnologías?

La Nanotecnología se define como una tecnología en base a una nanoescala (Nano: Prefijo de origen griego que participa en la formación de nombres, generalmente medidas, con el significado de 'la milmillonésima parte de una unidad').

La nanotecnología tiene aplicaciones en todas las actividades del quehacer humano, como: medio ambiente, sector energético, medicina, electrónica, exploración espacial, construcción, agricultura, cosmética, etc.

Su impacto en la sociedad será creciente, y existe consenso de que Nanotecnología participará en la revolución industrial del siglo XXI, tal como lo predijo Charles M. Vest's (ex-Presidente del MIT (Massachusetts Institute of Technology) en un discurso el año 2001.

¿Qué son y qué funciones tienen las Biotecnologías?

La biotecnología se refiere a toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos (Convention on Biological Diversity, Article 2.)

La biotecnología puede ser clasificada en cinco áreas:

Biotecnología aplicada a salud humana

Participa en áreas relacionadas con el uso de vegetales y animales transgénicos, trasplantes, terapia génica, donación de órganos,...

Biotecnología alimentaria

- Destaca el proceso de fermentación, con dos tipos principales:
- Fermentación alcohólica o etanólica.
- Fermentación láctica.

Biotecnología industrial farmacéutica

- Destacan varias aplicaciones:
- Producción de antibióticos (naturales, semi-sintéticos o sintéticos).
- Obtención de proteínas recombinantes, como el ejemplo de la insulina humana.
- Vacunas de nueva generación, como por ejemplo las vacunas recombinantes y comestibles.
- Producción industrial de sueros.

Biotecnología ambiental

También existen múltiples campos de aplicación:

- La bio-remediación para la limpieza de lugares contaminados.
- Depuración de aguas residuales.
- Tratamiento de residuos y compostaje.
- La biodegradación de materiales (por ejemplo, los plásticos biodegradables)

Biotecnología agropecuaria (vegetal y animal)

Es el conjunto de las posibles aplicaciones de la biotecnología a las actividades productivas del ámbito agropecuario (agrícola y pecuario), utilizándose en varias líneas de investigación:

- Plantas resistentes a insectos.
- Cultivos resistentes a los virus.
- Tolerancia a herbicidas.
- Mejora nutricional de los cultivos o bio-enriquecimiento.
- Cultivos tolerantes a ciertos metales del suelo, como el aluminio.
- Organismos Modificados Genéticamente (OMG) o transgénicos.

¿Qué es y cuáles son las funciones por la informática?

- Cómputo
- Memorización
- Asociación lógica
- Comunicación

¿Qué son y qué funciones tienen las Ciencias Cognitivas?

Se denomina **ciencia cognitiva** al estudio interdisciplinario de cómo los datos e informaciones, son representados, transformados, conservados en el cerebro, y difundidos.

Algunas de las disciplinas que participan y son sujeto de aplicación:

- Lingüística
- Inteligencia artificial.
- Ciencia neuronal.
- Cibernética.
- Tecnología genética
- Neurociencias

La convergencia como principio fundamental del progreso

Las cuatro disciplinas NBIC están estrechamente vinculadas y, en adelante, no pueden percibirse como otras tantas especialidades científicas herméticas.

La investigación en nanotecnología traerá indudablemente avances deslumbrantes en el campo de la Informática, permitiendo superar los límites previsibles de los procesos tradicionales del grabado de componentes electrónicos, y multiplicar las posibilidades relativas al procesamiento de la información (almacenamiento molecular, cifrado cuántico...).

Asimismo, solo las computadoras más potentes, adaptadas al procesamiento rápido y relevante de gigantescos volúmenes de información, pueden avanzar significativamente en la comprensión del cerebro humano y, por lo tanto, de las Ciencias Cognitivas. Pero este último, asociado a las Biotecnologías, también puede inspirarse en el funcionamiento biológico animal o humano para diseñar nuevos algoritmos o procesos, que también podrían conducir a nuevas etapas en la Computación o la Inteligencia Artificial.

«La convergencia de las ciencias y de las tecnologías en beneficio de la sociedad (CKTS) es el núcleo de oportunidad para el progreso en el 21° siglo. Se define en este estudio como la escalable y transformadora interacción entre disciplinas científicas, tecnologías, comunidades y dominios de la actividad humana para lograr la compatibilidad mutua, el sinergismo e integración, y a través de este proceso crear valor agregado y diversificarse en áreas cumplir objetivos compartidos.

La convergencia es tan esencial para nuestra futura sociedad del conocimiento como lo fueron los motores para la revolución industrial. La CKTS permite a la sociedad responder preguntas y resolver problemas que capacidades aisladas no pueden, así como para crear nuevas competencias, tecnologías y conocimientos sobre esta base. Este concepto se centra en los principios presentados en este informe: de interdependencia en naturaleza y sociedad con aplicación a las plataformas esenciales del sistema de actividad humana; los mejora de la creatividad y la innovación dentro del conocimiento y la tecnología mediante la convergencia - procesos evolutivos de divergencia (spin-off); un enfoque de deducción de sistema holístico que se aplica en análisis de decisión; el valor de los lenguajes multi dominio de alto nivel para generar nuevas soluciones y apoyar la transferencia de nuevos conocimientos; y el valor de los esfuerzos de investigación básica inspirados en la visión.»*

*Convergence of Knowledge, Technology an Society : Beyond convergence of Nano-Bio-Info-Cognitive Technologies 2013. <http://scienceus.org/wtec/docs/nbic2.pdf>

¿Por qué razones utilizamos las NBIC?

Razones Económicas, de Salud, Psicológicas, Sociales

De mejora, ampliación de capacidades fisiológicas, psicológicas, cognitivas, racionales, de comodidad, de normalización.

Razones Micro Económicas

- Productividad: lograr muchos más actos en la misma fracción de tiempo

- Rentabilidad: producir más reduciendo los costes de fabricación, o la producción de productos más estandarizados, normalizados
- Crecimiento: Reproducción ampliada y Acumulación

Razones Macro Económicas-Sociales:

- *Lógica del sistema liberal de competencia.*
- *Innovación: descubrimiento de nuevas tecnologías*
- *Normalización, o estandarización*

Proceso de elaborar, aplicar y mejorar las **normas** que se aplican a distintas actividades científicas, industriales o económicas, con el fin de ordenarlas y mejorarlas.

- Miniaturización,

Reducción de los componentes al mínimo, para ahorrar espacio para el uso tecnologías avanzadas. La reducción del tamaño de los dispositivos tiene como objeto central operar la materia a escala de sus átomos, por lo que es necesario investigar con la suficiente precisión átomos individuales y moléculas, además de diseñar máquinas microscópicas de electrónica avanzada y materiales inteligentes.

La miniaturización se aplica en el campo de la Nanotecnología, ámbito transversal de varias disciplinas (Bioquímica, Electrónica, Informática, Biología molecular, entre otras) y relacionado por la escala de la materia con la que trabajan (a nivel de átomos y moléculas).

- *Posicionamiento y control mercantil*
- *Hegemonía.*

¿Consecuencias de las NBIC?

- Nuevas tecnologías relacionadas a la NBIC y a la convergencia de éstas, experimentan crecimiento extraordinario.
- Las materias primas en los que se basa son: datos, información, conocimientos, pero a su vez generan nuevos bienes.

- La principal materia prima son los datos relativos a la persona humana.
- Los detentores de las NBIC: Estados, Corporaciones, Empresas orientan el modelo de desarrollo y constituyen fuentes hegemónicas de poder.

PERSONA FÍSICA Y DIGITAL

1. Derecho y obligaciones de la persona física real

INTRODUCCIÓN

- El Derecho constituye un conjunto de reglas, principios, valores necesarios para vivir en común.
- La Política y el Derecho proponen, regulan y ejecutan un Proyecto de Sociedad, cada vez mas orientada a los Datos, Información y Conocimiento, en el que las ciencias y las tecnologías deben buscar el progreso y bienestar social pero en el respeto y dignidad de la persona humana.
- Las NBIC, proponen nuevas formas de relación no solo entre las ciencias y tecnologías y el derecho, sino también entre estas y la economía, la sociedad, la cultura, etc.
- Esta nueva relación entre NBIC y el derecho, plantea la cuestión de los bienes y servicios producidos por la convergencia e integración de estas ciencias y tecnologías con los atributos y datos de la persona humana, y el rol y funciones que asumen la Universidad, la Empresa y la Representación Democrática en las orientaciones éticas, morales y jurídicas.

Marco doctrinal

Todos los seres humanos somos ciudadanos, contribuyentes, sujetos de derecho; sin embargo, desde la perspectiva del derecho civil antes todos somos **personas**. Todo aquello que no es una persona es una **cosa**.

No obstante, no todas las personas reconocidas por el derecho civil son seres humanos. En la clasificación del derecho civil se hace una distinción importante: si bien se reconoce a cada individuo como **persona física**, también se reconoce la calidad de **persona jurídica**, llamada también persona moral, a algunas individualidades o agrupaciones tales como las empresas, las asociaciones, las fundaciones, los comités, las comunidades,

Existe pues en el mundo jurídico tal como es concebido por el derecho civil dos categorías de personas, dos especies de sujetos de derechos y de obligaciones: las personas físicas y las personas jurídicas.

Existe pues en el mundo jurídico tal como es concebido por el derecho civil dos categorías de personas, dos especies de sujetos de derechos y de obligaciones: las personas físicas y las personas jurídicas.

La summa divisio, que se remonta al derecho romano, hace de las personas en relación a las cosas, una de las mayores divisiones del derecho. Se la encuentra en las *Institutas* de Gaius. En su obra, el autor adopta un plan tripartito: personas, bienes y acciones, ya que: "(...) todo el derecho que utilizamos se refiere o a las personas, o a los bienes, o a las acciones". Adoptado en el siglo VI por las *Institutas* de Justiniano, este plan será reconocido considerablemente entre los juristas latinos.

Es lógico entonces que esta división haya sido seguida consecuentemente por los redactores de los diferentes códigos civiles - primigénicamente y de singular influencia en América latina el francés, quienes ordenaron las materias tratadas en tres libros: "Personas" (Libro. I), "De los bienes y de las distintas modificaciones de la propiedad" (Libro. II), y de las "Distintas maneras de como se adquiere la propiedad", en el Libro III.

Es este el origen de la clasificación que sigue vigente aun en nuestro derecho contemporáneo. Sin embargo, el concepto de persona ha evolucionado. El término de "persona" no revestía en el derecho romano, ni menos en el derecho latino, el preciso sentido jurídico que hoy le damos. Los juristas romanos utilizaron el término *persona* tanto para designar al hombre en general - Gaius hará figurar los esclavos, jurídicamente considerados como cosas - como a veces, en un sentido más limitado, de

protagonista de la vida jurídica, en función del papel asignado: tributario de obligaciones o beneficiario de derechos.

La persona será definida entonces por las funciones que ejerce en tanto protagonista, y en consecuencia, sujeto de derechos. A partir de esta concepción basada en las funciones de la persona, esta noción va a conocer una evolución consistente en una adecuación entre hombre y persona. Es decir, de reconocer en todo ser humano a una persona en el sentido jurídico del término. Esta adecuación conducirá al surgimiento de una corriente subjetivista que hará de todo hombre un sujeto de derechos; sujeto y consecuentemente, protagonista. Esta evolución es el rasgo dominante de las personas físicas.

Así, el derecho civil de las personas incluye, de un lado, el estudio de las personas físicas (personalidad, limitaciones) y de otro lado, el estudio de las personas jurídicas o morales (constitución, derechos, término).

La persona física o **persona** por excelencia, es el **individuo**, el ser humano, tal como es tomado en cuenta por el derecho. El derecho civil clásico solo ha definido algunos rasgos de su conjunto: la personalidad (nombre, domicilio, estado civil,...) y sus limitaciones (tutela, curatela,...).

Una visión integral de la **persona física** debe enmarcar jurídicamente su **personalidad**, aquellos rasgos característicos que le son propios: **su existencia, su individualidad, sus atributos**. Como de otro lado sus **limitaciones**, aquellos rasgos que la limitan: **tutela, curatela**.

El caso de la **persona jurídica o moral** comprende el estudio de la **personalidad moral**: clasificación, distinción entre la personalidad moral y situaciones de apariencia similar; el **régimen de la personalidad legal**: constitución, funcionamiento, disolución; la **naturaleza de la personalidad moral**: controversia doctrinal y las soluciones planteadas por el derecho positivo.

Para los propósitos del presente libro solo trataremos el tema de la **personalidad de la persona física**.

Persona, Personalidad, Persona Física

Persona. Etimológicamente la palabra persona proviene del verbo latino *sono*, as, are (sonar), y del prefijo *per*, que refuerza su significado (resonar, sonar mucho). La etimología se asocia a la máscara que usaban en el teatro los actores para representar la fisonomía correspondiente a su papel y al carácter del mismo. Por una figura de lenguaje muy común, se llamó persona al mismo actor que llevaba la máscara (y aún hoy hablamos de personajes en las obras de teatro, cine, etc.); de aquí pasó al personaje representado por ella y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir, a los hombres, considerados como sujetos de Derecho. Desde el punto de vista etimológico persona es igual a hombre, a ser humano. [Márquez 2004]

Personalidad. Márquez 2004 En el mismo artículo, al definir el comienzo y fin de la personalidad, precisa que: “El concepto de personalidad jurídica es tan sólo una abstracción jurídica del concepto de persona que, además, es un concepto distinto y previo al de capacidad jurídica, aunque al respecto es frecuente en la doctrina general y, por supuesto, en la española, identificar los conceptos de personalidad jurídica y capacidad jurídica. Sin embargo, la distinción se impone, baste pensar que la personalidad es un *quid simple*, mientras la capacidad es un *quantum* y, por tanto, susceptible de ser medida en grados. Se puede ser, como persona, más o menos capaz, pero no se puede ser más o menos persona. Persona se es o no se es: total, radicalmente”.

El ordenamiento jurídico no otorga la personalidad, pero sí la capacidad - como lo prueba el hecho que restringe esta última cuando lo estima conveniente. Ello no significa negar que a lo largo de la historia haya ocurrido de otra manera: la institución de la esclavitud se mantiene aun presente para demostrar lo contrario. Pero las modernas concepciones jurídicas, no sólo teóricas, sino materializadas también positivamente, entienden que el ordenamiento jurídico tiene que reconocer la existencia previa de la persona e, incluso, de derechos innatos o naturales que la protegen. La personalidad jurídica del hombre no puede ser sino reconocida, mientras que la atribución de la condición de persona es obra de la misma naturaleza.

Esta posición no es incompatible con aquella que identifica personalidad jurídica con capacidad jurídica; lo que ocurre en realidad es que se observa la misma cuestión desde dos planos diferentes: el ontológico y el jurídico.

- Atendiendo al primero, se considera que persona y personalidad jurídica son dos términos equivalentes pero utilizados en ámbitos distintos: el concepto de persona es extrajurídico, mientras que el de personalidad jurídica no es sino una abstracción útil del primero en el ámbito jurídico. Pero tanto el uno como el otro se refieren exclusivamente a la idea de ser humano, entendida como *prius* de todo lo concerniente al hombre, de todo lo humano.
- Sin embargo, si analizamos la cuestión desde un punto de vista estrictamente jurídico la interrogante cambia de matiz, pues la idea de personalidad jurídica no se concibe como un *prius*, sino como una facultad que el ordenamiento jurídico otorga a todos aquellos seres humanos que cumplen al nacer las condiciones que éste predetermina, de modo que, desde ese momento son capaces para ostentar derechos y asumir responsabilidades en el mundo jurídico. Desde esta perspectiva, se identifican personalidad jurídica y capacidad jurídica.

Podemos afirmar entonces, desde una perspectiva estrictamente jurídica, que persona es todo sujeto capaz de derechos y deberes; y que por personalidad jurídica ha de entenderse, en consecuencia, la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.

La personalidad se concibe entonces como la concurrencia de una serie de derechos innatos, derivados de la misma naturaleza de la persona física, entre los que se encuentra la virtualidad de ser titular de derechos y obligaciones civiles.

Si afinamos más aún esta idea, la persona física pasa de ser una suma de derechos naturales a convertirse en un centro de imputación de derechos otorgados o negados por el ordenamiento jurídico; es decir, un receptáculo abstracto, posible de asumir toda clase de derechos. Es igual, potencialmente, a cualquier otra personalidad, en cuanto cual-

quier hombre es capaz de adquirir toda clase de derechos, aunque en un momento dado carezca de ellos, puesto que la personalidad es sólo una manifestación especial del hecho de ser persona. Si avanzamos un poco más, el concepto de personalidad pierde todo contenido ontológico y se convierte en una mera posibilidad lógica de ser un centro de imputación de derechos y obligaciones, en tanto ente abstracto que sirve de sustento a las relaciones de derecho. Por esa razón puede decirse: se es persona, se tiene personalidad, ella es innata a la condición de ser humano. Podemos así concluir que el concepto de personalidad jurídica es coincidente con el de capacidad jurídica (siempre desde una perspectiva estrictamente jurídica), aunque aquél es presupuesto de ésta.

1.1 Existencia

La existencia de la persona humana está condicionada por datos e informaciones biológicas, sobre su constitución psico-física, su **cuerpo humano**. La presencia de ésta permite certificar **la existencia** o no de vida, **la muerte**, a través de la manifestación de *signos vitales*, que evidencian su certeza en uno u otro sentido.

De otro lado, la **no presencia física**, pone de manifiesto la incertidumbre entre uno u otro estado de la existencia: la vida o la muerte. Entre ellas: **el alejamiento, la ausencia o la desaparición**; presunciones que el derecho se autoriza a fin de regular los vacíos provocados entre los dos estados extremos y evitar los disfuncionamientos sociales.

1.1.1 Cuerpo humano

El cuerpo humano es la *esencia* de la persona.

Desde el punto de vista **sociológico** y **espiritual** representa el elemento principal de la formación y de la existencia de la **sociedad**, marcado por el:

- rasgo de la **colaboración para la subsistencia** entre los individuos

- frente a una **mejor provisión fisiológica de otros animales** y
- al **desafío del medio natural**.

Pero igualmente representa un elemento sagrado, de enlace **espiritual**, entre los hombres y Dios.

Ambas representaciones determinan dos tipos de **prohibiciones** que en ambos casos se revelan ser restricciones a la voluntad, propia o de terceros:

- **Protección del cuerpo humano contra el poder de disposición del propio individuo, y**
- **Protección del cuerpo humano contra las amenazas o violaciones por terceros**

1.1.1.1 DISPOSICIÓN DEL PROPIO INDIVIDUO

El derecho regula la finalidad no comercial del cuerpo humano. Aún cuando ciertas opciones personales o incitativas de terceros - toleradas o no manifiestamente prohibidas por el derecho - desnaturalicen estos principios. (Prostitución, prácticas biomédicas experimentales, venta de órganos, o venta de datos personales actualmente...)

1.1.1.2 AMENAZAS Y VIOLACIONES POR TERCEROS

Las reglas de derecho disponen que ningún individuo pueda ser obligado a sufrir ningún tipo de amenaza ni violación de su cuerpo. Y *contrario sensu*, todo individuo sobre el cual pende una amenaza o violación, puede ser indemnizado por los perjuicios causados a su cuerpo. Los daños corporales incluyen los daños materiales y los daños morales.

1.1.2 Existencia propiamente tal

Definir la noción de vida de la persona humana es una tarea harto compleja. Una definición operativa de la vida humana sería aquella de relacionar **existencia biológica de la persona, integridad psico- fí-**

sica e integridad moral. El derecho vela por el respeto y la protección de estos elementos.

La finalidad del derecho sobre la **existencia biológica** de la persona supone proteger la existencia plena y digna de todos los seres humanos. Concretamente, nos referimos al derecho a la vida como derecho a engendrar y a mantener la existencia, el derecho a la subsistencia de manera global y el derecho a la trascendencia.

El derecho a la **integridad psico-física** o derecho a la incolumidad, representa el derecho de la persona a conservar su estructura psico-física de forma íntegra, de manera tal que pueda hacer interactuar, lo más plenamente posible, todos los elementos y órganos que la componen, manteniendo su existencia dentro de ciertos márgenes de viabilidad y de dignidad. Este derecho plantea ciertos problemas fundamentales relacionados a la integridad corporal, a la libre disposición de la persona, de su cuerpo, de sus órganos; o frente a terceros, cuanto a la tortura, a las penas crueles, inhumanas o degradantes.

El derecho a la **integridad moral** representa la afirmación de la intangibilidad de la dimensión moral de la persona humana: honor, imagen, intimidad... y la consiguiente exigencia de su protección efectiva.

1.1.2.1 NACIMIENTO

A partir del momento de la unión de los gametos de los genitores se inicia una nueva vida. No antes, pues el óvulo y el espermatozoide pertenecen a organismos y procesos distintos y su fin es la muerte. Sólo si se unen y constituyen una nueva célula, que posee ya un código genético completo, se inicia un nuevo proceso, un nuevo individuo. La esencia está constituida; sólo es necesario el desarrollo, sin más aporte que el ambiente adecuado, para lograr su plenitud y expandir todas sus potencialidades.

A partir de la fecundación tenemos una nueva realidad, una unidad que surge de la fusión de los gametos pero que es distinta de la realidad anterior, y que biológicamente se denomina cigoto o embrión unicelular. Cada uno es distinto de los gametos (espermatozoide y óvulo) quienes

portan 23 cromosomas; con la fecundación se completa el código genético del nuevo ser humano, hecho por el aporte por cada uno de los genitores.

1.1.2.2 MUERTE

Encarna el fin de la vida, el fin de la existencia humana, el mal absoluto para el prójimo del fallecido, para aquellos que lo amaban o de los cuales aseguraba su sustento o bienestar. Los daños causados por un tercero a la persona generan un derecho a daños y perjuicios a reparar por el perjuicio afectivo o material causado.

Sin embargo, ello no representa necesariamente el fin de los derechos ni de los deberes adquiridos por el difunto. El derecho reconoce una cierta prolongación de la personalidad después de la muerte: una protección póstuma de la persona (Delitos contra el honor: injurias, difamación contra la memoria del difunto) como un reconocimiento de su voluntad o de disposición de su producción. (Poder de manifestación de voluntad más allá de la muerte o del trabajo producido: ejecución testamentaria, creación de una fundación; o explotación de derechos intelectuales, por ejemplo). Es interesante comprobar cómo el derecho, impone el respeto de la voluntad del difunto o la contrasta con la de los sobrevivientes, y viceversa: como la muerte no puede impedir indefinidamente el ciclo dinámico de la vida e imponerse *ad infinitum* la voluntad del difunto.

1.1.2.3 CONSECUENCIAS

La muerte como antes la existencia deben ser puestos en conocimiento del poder social, del Estado y de terceros, al mismo tiempo que constatarse y registrarse este hecho.

Entre la vida y la muerte existe una constante física: la evidencia del cuerpo humano o del proyecto viable, el cadáver de un lado, el neonato del otro. Entre estos dos estados, el derecho plantea al menos tres presunciones sobre estados intermedios entre el nacimiento y la muerte, vinculados a la no presencia del cuerpo humano y a la manifestación o no de sus voluntades: el **alejamiento**, la **ausencia** o la **desaparición**.

Estas hipótesis generan incertidumbre cuanto a la existencia de la persona, o la imposibilidad de respuesta a la demanda del derecho, y deben ser resueltas por éste.

1.1.3 No presencia física

1.1.3.1. ALEJAMIENTO

La noción de alejamiento no se encuentra presente en todos los códigos civiles del derecho positivo, en todo caso no se encuentra sistematizada como condición legal en el código peruano. Por alejamiento se entiende una serie de situaciones a las cuales se les aplica por extensión, es el caso de los *no presentes*, los *silentes*, los *ilocalizables*.

- Los *no presentes* corporales son aquellos que *no se encuentran presente personalmente*, en cuerpo, *intuitu personæ* pero pueden manifestar su voluntad, expresándola a distancia, por medio de representante o por medios físicos o técnicos. Los actos y contratos a distancia, electrónicos o informáticos, son algunas de las formas de expresión actuales, las cuales ocupan una forma expectante en la formación, ejecución, circulación, terminación o arreglo de diferendos de los mismos.
- Los *silentes* corporales se dice de aquellas personas cuya existencia ni residencia son inciertas o dudosas pero rehúsan toda comunicación o convocación, aún cuando en los procesos su no-respuesta pudiera equivaler a la formación de prueba.
- Los *ilocalizables* pueden presentarse bajo dos formas: la primera, corresponde a aquellos que partieron sin dejar dirección, sin que se encuentren necesariamente en peligro de muerte, que eventualmente pueda ser considerado como comportamiento ilícito si supone incumplimiento de obligaciones. O, la segunda, aplicable a aquellos que se encuentran alejados por fuerza mayor, sin posibilidad de comunicación de efectos jurídicos. (Secuestro, ocultamiento, ...)

1.1.3.2 AUSENCIA

La ausencia puede ser definida como la **condición legal** de paradero desconocido de una persona. Esta puede asumir dos aspectos o fases: ausencia presunta y ausencia declarada. El código civil peruano considera que para la primera, deben transcurrir dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido. En la segunda, al término del plazo fijado en la ausencia presunta, cualquier persona que tenga legítimo interés para obrar, o el Ministerio Público, pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.

1.1.3.3 DESAPARICIÓN

Se entiende por desaparición, aquello que estaba y luego ya no, o que no se muestra, o no aparece, o que no es posible captarlo por los sentidos; en el caso específico de una persona, este proceso más que un estado, permite de iniciar los trámites policiales, judiciales tendientes a la declaración de deceso, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público. El legislador peruano se planteó tres hipótesis para el inicio del proceso:

- en función de los términos de la desaparición o de la propia edad del desaparecido;
- de las condiciones de la desaparición, o de la certeza de muerte sin hallazgo o reconocimiento del cadáver.
- 1.2. Identidad e individualización

1.2 Identidad e individualización

1.2.1 Identificación

Desde el punto de vista filosófico, la identidad se expresa como una relación existente entre dos sujetos: relación de completa igualdad entre dos o más seres entre sí. Así, uno de ellos se reconoce básicamente similar

a otro. Aseveramos que el «ser» del hombre es igual al de otros, pero no lo es en su manera de actuar, proceder, vivir: por lo tanto difieren en su manera de ser. De allí que el hombre es un ser propio, irrepensible, incomparable: es un ser original. El hombre, a través del tiempo, ha buscado su identidad, de lo filosófico a lo jurídico. En esta búsqueda incesante, el hombre, para asegurar su identidad ha ido creando diferentes procedimientos y métodos para identificarse, individualmente o como parte de un conjunto: nombres, tatuajes, marcas particulares, fotografías, antropometría, sistemas dactiloscópicos, nacionalidad, entre otros. El reconocimiento de la identidad personal y colectiva existe desde siempre, sin embargo su protección jurídica es de reciente data, ésta deja abierto el camino para indagar y profundizar sobre el tema, con la finalidad de proteger a las personas. María Silvia G. Maine, Inés Montaldo de Del Vado. "Persona. Identidad. Identificación. Indocumentación". Colegio de abogados de Córdoba. Argentina. www.justiniano.com/doctrina/derecho_civil_main.htm

1.2.1.1 ACCIÓN DE IDENTIFICACIÓN

La originalidad de la persona es tributaria de su existencia y de su individualidad. Ambas exteriorizan la verdadera personalidad de ser humano y su reconocimiento, propio o por terceros, como un ser único, diferente e irrepensible, pero a su vez universal, como ser espiritual, psicofísico. Estos son los elementos constitutivos de su identidad.

La identidad está referida entonces a una doble acción: de identificar o identificarse. El **identificar**, supone comprobar que una persona - o cosa - es la misma que se conoce, de la que se tiene ciertos datos o informaciones, o que se conoció en determinadas circunstancias. Los datos o informaciones sobre una persona se encuentran contenidos, sobre todo, en los documentos oficiales de identidad. El **identificarse**, supone revelar datos o informaciones de la propia persona, o mostrar el contenido de sus rasgos en los documentos oficiales. Contrariamente, la no identificación, falta de información contenida en los documentos oficiales o la falta

del título en el cual se encuentran estos – la indocumentación – revelan la falta de identidad de una persona.

Desde otra perspectiva, podemos hacer la distinción entre identidad relativa e identidad personal. La primera, esta representada por datos cuantitativos y cualitativos que al ser medidos comparativamente con la identidad personal, permiten aseverar que esos datos provienen de un ser y no de otro, a ello se le denomina identificación. La segunda, identidad personal, se basa en la posesión por el sujeto de ciertos caracteres propios y distintivos de los demás, contemporáneos o extemporáneos.

El derecho a tener una identificación, a ser identificable, reposa sobre la identidad personal. La Doctrina, reconoce jurídicamente la identidad personal, esta implica determinados derechos o facultades:

- a) Derecho a una identificación;
- b) Derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar;
- c) Derecho a una sana y libre formación de la identidad personal;
- d) Derecho a transformar la identidad personal;
- e) Derecho al respeto de las diferencias personales;
- f) Derecho a la verdad sobre la propia identidad personal;
- g) Derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena;
- h) Derecho a actuar según convicciones personales;
- i) Derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones...

1.2.1.2 FALTA DE IDENTIFICACIÓN

La falta de identificación priva a la persona de un derecho subjetivo y personalísimo: de conocer su origen, de desarrollarse en su medio familiar o de acceder a otros derechos: salud, vivienda, educación, trabajo; quedando así al margen del sistema social. Esto corresponde a las personas “no identificadas» y/o “sin identidad», o inclusive «indocumentadas”.

La individualización de la persona física se presenta así como un cierto número de signos, rasgos, identificantes de la persona que sirven

a distinguir cada hombre de sus semejantes: nombres, fecha y lugar de nacimiento, ubicación: domicilio, residencia, partidas de estado civil, documento nacional de identidad, u otros documentos en los cuales figuran estas informaciones.

La Constitución, el código civil y las normas relativas a la identidad establecen los criterios de la individualización de la persona. Las conclusiones que de éstas se extraen tienen alcance general y son aplicables al conjunto del derecho. El derecho administrativo las condensa en cierto número de documentos en los cuales se portan estos rasgos.

1.2.2 Nombre

El nombre en sentido amplio (prenombres y apellidos) sirve a designar, a identificar a una persona. Por el nombre se individualiza a una persona, a través de una serie de caracteres identificativos. Puede hablarse así de prenombre y apellido o nombre familiar, o patronímico, por referencia al padre, como así figura en el Documento Nacional de Identidad. El nombre individualiza a la persona en el tiempo, como elemento de una familia, a través de la filiación, creando una línea de ascendencia/descendencia legítima o ilegítima, con relación a los hijos concebidos dentro o fuera del matrimonio, que llevan uno o los dos nombres de cada genitor, o los dos de uno de ellos. También lo individualiza por la atribución del nombre en el acto del matrimonio, vía una línea colateral. Igualmente, el nombre también puede ser cambiado - aun cuando ciertas teorías defienden el principio de inmutabilidad del nombre - por razones éticas, jurídicas (adopción, o naturalización, por ejemplo).

La individualización del nombre genera así una relación jurídica de derechos y obligaciones entre la persona que porta un nombre, su entorno y el derecho y obligaciones respecto al Estado. El porte del nombre es un derecho y a la vez una obligación. Un **derecho**, porque cada individuo puede llevar el nombre que legalmente se le ha atribuido para designarse o hacerse designar en cada ocasión de su vida. El individuo puede utilizar su nombre como derecho u obligación en cada uno de sus actos jurídicos, firmando estos. La firma es por definición el nombre escrito de la mano

del interesado, o mejor, su nombre manuscrito. El nombre aparece así como un medio puesto a disposición por el derecho para expresar su personalidad y su voluntad mediante un escrito, y para convertir este escrito material en un acto jurídico.

Constituye una doble **obligación**: porque el individuo está compelido a responder al nombre que le ha sido dado por la sociedad, y de responsabilizarse jurídicamente al llamado de ese nombre; como inversamente, designarse o hacerse designar, cada vez que se presentara la eventualidad de asumir consecuencias jurídicas por un hecho cualquiera.

Existen, sin embargo, dos libertades reguladas en el porte del nombre: el uso del pseudónimo y la libertad al anonimato, particularmente aceptados en las expresiones artístico-literarias y en los derechos intelectuales.

El derecho al nombre tiende a hacer evidente los criterios exclusivos, privativos del nombre en las relaciones de la persona con el nombre que ella porta. Para proteger al individuo contra las dificultades provenientes de terceros en la atribución de un nombre a una persona, el medio más eficaz para defenderlo es la vía del derecho subjetivo. Sin embargo, a este derecho de propiedad del nombre - según la doctrina - le faltaría uno de los caracteres esenciales de la propiedad: la inalienabilidad, por el carácter incesible del nombre. En consecuencia: “Es nulo todo convenio relativo al nombre de la persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social, y los que establece la ley”.

La jurisprudencia, ha presentado frecuentemente el derecho al nombre como el más poderoso de los derechos subjetivos. Otros ven en el derecho al nombre, uno de los derechos de la personalidad, un derecho primordial del hombre, del mismo nivel que el derecho al honor, a la propia imagen.

En derecho civil, el derecho al nombre puede ser un atributo de la personalidad de un individuo o un aspecto de su estado familiar. En la realidad, el nombre puede asumir este doble rol: *reclamándolo* de poder llevarlo, por aquellos que han perdido su uso o pretenden asumirlo; o *contestándolo*, contra quienes lo portan indebidamente. O, como una amenaza contra la personalidad. Estas dos alternativas pueden cambiar en función

de una serie de variables como el estado civil, la adopción, el cambio de nombre, entre otros.

Pero a su vez el derecho al nombre comporta dos otros aspectos: primero, la posibilidad de usar el propio nombre; segundo, la facultad de proteger éste: utilizar un pseudónimo o guardar el anonimato contra las amenazas o violaciones por terceros así como reclamar las indemnizaciones que correspondan por amenazas o violaciones. La usurpación no vendría a ser sino una de las formas que éstas toman. Sin embargo, si el pseudónimo - o el anónimo, en los casos de la propiedad intelectual - adquiere la importancia del nombre, el Código civil establece que éste goza de la misma protección jurídica dispensada a aquel.

Si bien estas regulaciones se producen del lado de las personas físicas, en el caso de las personas morales o jurídicas, el nombre comercial de éstas es objeto de un derecho de propiedad, y en muchos casos, el propio nombre de la persona física ha devenido un bien, una especie de marca, un signo distintivo de la persona. Fuera de este uso comercial que lo innova, el nombre de la persona física, sigue siendo inseparable de la persona, y en consecuencia, inapropiable por terceros.

Cuanto a la prueba del nombre, esta resulta de los actos y registros inscritos de estado civil y de la calidad del mismo.

1.2.3 Ubicación

1.2.3.1 DOMICILIO

El domicilio, y específicamente la residencia, vinculan una persona a un espacio físico, a una ubicación. El domicilio corresponde a la localización jurídica de la persona en un espacio. El propósito es de ubicar a la persona en un territorio, en un lugar, en un punto preciso. Este elemento constituye otro signo, otro rasgo de individualización de una persona. La mayor parte de los hombres han devenido sedentarios, cada cual habita en un lugar, solo o con su familia, y si se aleja, es con el ánimo de retornar.

Los conceptos de domicilio, utilizados antiguamente como elemento abstracto y rígido, y residencia: como concurrente hoy en día de domicilio de manera específica, concreta y flexible, nos dan una idea más precisa del lugar *donde reside habitualmente* una persona.

El domicilio puede ser definido entonces como el lugar donde una persona tiene su morada, su casa (Del latín *domicilium*, de *domus*, casa). La residencia es el lugar donde preferentemente habita, se encuentra.

El derecho ha hecho del domicilio un lugar o espacio de interés social del individuo, pero también ha fijado sus características, las reglas de su determinación y de su protección.

1.2.3.1.1 *Interés social*

El interés social del domicilio se apoya en la designación, ocupación de este espacio para el ejercicio de los derechos públicos como privados de la persona, así como el cumplimiento de sus obligaciones; ello es válido igualmente para la persona jurídica.

En el **ejercicio de los derechos públicos**, particularmente los derechos electorales, fiscales, administrativos, el domicilio juega un rol importante, y su determinación puede ser fijada por las propias reglas aplicables a estas materias: el domicilio electoral, el domicilio fiscal, el domicilio administrativo.

En el **ejercicio de los derechos civiles** son particularmente predominantes los intereses procesales. En las acciones judiciales se necesita frecuentemente, no sólo de conocer el domicilio de las personas, sino de evitar que la movilidad de la persona constituya un obstáculo al desarrollo del proceso.

Visto desde una perspectiva más amplia, derechos-deberes, el domicilio tiene por función vincular una persona a la competencia geográfica de alguna autoridad (administrativa, jurídica, fiscal,...).

Es entre estas dos funciones: de localización de un domicilio, de dimensiones específicas, lugar de presencia permanente de una persona, de

un lado, y de ámbito estricto del ejercicio competente de una autoridad, del otro, que se establecen las funciones del domicilio.

1.2.3.1.2 Características

El domicilio como elemento de individualización de las personas, utiliza determinadas referencias y garantías, de allí algunas de sus características: obligatorio, fijo, único.

1.2.3.1.1.1 DOMICILIO ES OBLIGATORIO

1.2.3.1.1.1.1 Nacionales

Toda persona tiene en principio un domicilio y, si no lo tiene, la autoridad administrativa intenta atribuirle uno.

Cuando no se puede determinar cuál es el domicilio de una persona, se recurre a menudo a su residencia; pero cuando no se puede determinar ni su domicilio ni su residencia, se recurre al concepto de *domicilio de origen*, es decir, aquél que tenía la persona al momento de su nacimiento y que supuestamente ha conservado mientras no haya manifestado la intención de cambiar.

1.2.3.1.1.1.2 Extranjeros

En principio, un extranjero puede designar un domicilio en el país en el cual reside, con apenas algunas formalidades. A lo sumo, y según algunos autores, el extranjero deberá encontrarse en posesión, esencialmente, de un título de permiso de residencia en regla.

La cuestión puede plantearse para los extranjeros quienes se interrogan si de verdad están domiciliados en un determinado país? Para ellos, en múltiples jurisprudencias internacionales se ha logrado decantar el concepto de *domicilio de nacionalidad* que puede ser definido como “toda residencia efectiva que presenta un carácter estable y permanente,

que coincide con el centro de los lazos familiares y de las ocupaciones profesionales". El concepto de domicilio de nacionalidad debe permitir establecer la intención definitiva de instalarse en un país.

1.2.3.1.1.2. Domicilio es fijo

1.2.3.1.1.2.1. Principios

Es precisamente este carácter de inmutabilidad, de fijación, que distingue el domicilio de la residencia o de la vivienda. Mientras que una persona puede desplazarse como ella lo desea, su domicilio permanece, en principio, inmutable.

1.2.3.1.1.2.2. Excepción: cambio de domicilio

Posibilidad de cambiar de domicilio, pero a condición de reunir dos elementos, y de cumplir determinadas formalidades.

1) Condiciones: elemento material y voluntad.

El elemento material, consiste en la transferencia del domicilio personal - o la sede principal o sucursales en el caso de la persona jurídica, de un lugar a otro. El elemento voluntario se manifiesta por la intención de cambiarlo y de instalarlo en un nuevo lugar.

A falta de la reunir estos dos elementos, se supone que el interesado conserva su domicilio de origen.

2) Prueba de la reunión de esos elementos y formalidades.

Si bien resulta relativamente sencilla la prueba del cambio de domicilio, aquella de la intención de modificarlo es mucho más difícil. Por eso los juristas han previsto el cumplimiento de *algunas formalidades*: se trata de una doble declaración hecha, tanto al municipio, comisaría de policía u otra autoridad pública reguladora del antiguo domicilio como aquella del nuevo domicilio. Aunque esta formalidad sea obligatoria para

informar a la administración quien debe saber donde se encuentran sus nacionales, por motivos fiscales, militares o policiales, ella es a menudo descuidada por falta de sanción.

A falta de declaración, la prueba de la intención dependerá de las circunstancias y, si ella no puede ser aportada, podrá reputarse al interesado no haber cambiado domicilio.

1.2.3.1.1.3 Domicilio es único

1.2.3.1.1.3.1 Personas Físicas

1.2.3.1.1.3.1.1 Principio

El principio de la unidad del domicilio se justifica incluso por la definición del domicilio: sede legal de la persona. Pero en la práctica, sucede que una misma persona pueda tener actividades de importancia similar en lugares distintos. Es por esta razón que este principio sufre excepciones o atenuaciones.

1.2.3.1.1.3.1.2 Atenuaciones o excepciones

En la medida en que la residencia adquiere cada vez más importancia y tiende a competir con el domicilio, éste deja de ser preponderante.

La ley o la jurisprudencia reconocen a veces, junto al domicilio principal, el mismo valor de domicilio a determinadas ubicaciones por razones precisas. En todos esos casos una persona podrá tener dos, tres domicilios o incluso más al mismo tiempo. Se pueden así citar una serie de estos domicilios especiales:

El domicilio electoral, a menudo distinto del verdadero domicilio, ya que un elector puede indiferentemente inscribirse en el padrón electoral de su domicilio o en el de su residencia, o en el lugar donde paga sus impuestos, obviamente, en determinadas circunstancias opera el factor de tiempo mínimo para beneficiar de esta facultad.

El domicilio fiscal, se sitúa fundamentalmente en el domicilio familiar e incluye a los padres e hijos y corresponde al centro de los intereses económicos de la persona sola o con su familia.

El domicilio comercial, el mismo que puede ser distinto al verdadero domicilio.

El domicilio matrimonial determinado por el lugar de celebración del matrimonio, pero que puede corresponder a uno, o ambos cónyuges.

El domicilio elegido el mismo que puede ser añadido al domicilio voluntario de la persona interesada quien tiene así, durante en un período dado, más de un domicilio, uno general, otro especial referido a un acto particular.

1.2.3.1.1.3.2 Personas Jurídicas

1.2.3.1.1.3.2.1 Principio

En principio, las personas jurídicas tienen su domicilio en la sede social designada en sus escrituras o estatutos. Pero este domicilio es a menudo interesado, y en el peor de los casos ficticio: una empresa o comercio que desea obtener una determinada nacionalidad para beneficiarse de ventajas fiscales, financieras, fija interesada o ficticiamente su domicilio social en esa región o país. En algunos casos se ha tratado de resolver el problema definiendo al domicilio como un debe ser *domicilio social real*, es decir, aquel lugar donde se encuentra el establecimiento principal de la empresa, su dirección administrativa y comercial.

1.2.3.1.1.3.2.2 Excepciones: Teoría de sedes principales o sucursales múltiples.

Por razones prácticas, la unidad del domicilio fue a menudo inadecuada, los ejemplos sobre la fijación de domicilio en un litigio, a menudo distante para una de las partes, hicieron que se descartará la norma de la unidad de domicilio para permitir a los particulares de solicitar una

competencia específica, allí donde la empresa tiene un establecimiento importante, una sede principal tal como se aplicaría a una sucursal para una empresa comercial. Es lo que se llamó la *teoría de las sedes principales o sucursales múltiples*, aplicable a condición de que la sucursal disponga de una determinada autonomía.

Algunos autores justificaron esta excepción en un recurso aplicable a la noción de residencia, suponiendo que la persona jurídica podía tener tantas residencias como sucursales, pero precisando que debe entenderse, en lo relativo a las personas jurídicas “del lugar donde ésta se establece”.

1.2.3.1.3 Reglas de su determinación

Se conciben por el interés que toda persona posea un domicilio como atributo de su personalidad, de su individualidad. Sin embargo, ello no supone instituir un principio de unidad de domicilio, porque los centros de interés de la persona son variados y variables. Además, el domicilio no sólo se determina por la voluntad privada sino también por la ley. Coexistirían así, tanto el *domicilio voluntario* como el *domicilio legal*.

1.2.3.1.2.1. Domicilio voluntario

En el domicilio voluntario, su determinación se realiza por la voluntad del interesado. Posee dos variantes: la primera, constituida por los centros de interés de la persona, física – incluyendo la jurídica; la segunda, por la propia persona física quien elige uno convencionalmente con el propósito de someterse a la jurisdicción de una autoridad judicial, o para designar representante, mandatario...

La primera variante, constituye el domicilio más corriente, es aquel que el individuo tenía al momento de nacer y que puede cambiar y que pone de manifiesto el goce de su capacidad y la potestad de quebrar los lazos familiares, y elegir otros espacios, otros territorios. El interesado, al elegir su actividad, su modo de vida, determina al mismo tiempo su domicilio, el mismo que se confunde, de otro lado, con la residencia. Pero el domicilio no sólo atañe al individuo sino incluye a la familia.

En la segunda variante, el domicilio se elige, puede ser una calle en un distrito, un estudio de un abogado, un notario, una autoridad pública. Su elección puede ser *facultativa*, no depende sino del interesado; u *obligatoria*, si la ley la impone; o también de *derecho*, cuando se presume la voluntad de las partes en un proceso.

Los efectos cuanto a sus alcances y duración se encuentran limitados a los actos, a las partes que intervienen en ellos y a la duración de los mismos.

1.2.3.1.2.2 Domicilio legal

El domicilio legal, contrariamente a una idea frecuente, no es aquel fijado por la persona física, sino aquel que la ley atribuye de oficio a una persona, debido a su dependencia respecto de un tercero, o debido a su profesión para facilitar algunos actos jurídicos.

Dos grandes hipótesis se presentan entonces: el domicilio de origen y el domicilio de dependencia. En el domicilio de origen, éste se encuentra ligado a una circunscripción estatal; se presta como en el caso de la nacionalidad, a una primera filiación, por ejemplo, aquella que el menor tiene en el domicilio de sus padres o en el domicilio conyugal de estos. Este domicilio tiene por consecuencia establecer que toda persona adquiere desde su nacimiento su primer domicilio *jure sanguis*. Este criterio tiene una especial consideración en la determinación de la nacionalidad para el caso de los menores nacidos en domicilios extranjeros.

- En el domicilio de dependencia, las fuentes de derecho, reúnen diversos casos en los cuales, las personas dependen de estos domicilios por su función o “status”:
- los domicilios previstos en la ley para los niños bajo tutela o menores o mayores en curatela será el fijado por su curador o tutor o,
- el de funcionarios (militares, profesores, jueces, médicos, etc.) que ocupan domicilios de función, o adscritos a una jurisdicción; o
- el de los navegantes o trashumantes, que pueden elegir uno en el distrito, departamento, o país, entre aquellos que se encuentran en su itinerario.

El nuevo código civil peruano, influenciado por el código de Napoleón, estuvo acertado en corregir el anterior que imponía por domicilio a la mujer casada el domicilio del marido. Los esposos pueden hoy tener un domicilio conyugal cuyo: "...deber de vida común pueden suspender cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia. Abriendo así la posibilidad de tener domicilios plurales.

Pero así como se fija el domicilio, por el origen, este puede cambiarse, en el caso del domicilio de dependencia, por las exigencias propias de la función o "estatus". Estos, inclusive, pueden ser materia de oposición.

1.2.3.1.4 Protección del Domicilio

La protección del domicilio se basa en el principio de inviolabilidad del domicilio. El principio es muy antiguo, fue consagrado en Francia por los decretos de 19 y 22 de junio de 1791. Actualmente, además del artículo 8 alinea 1 de la Convención Europea de Declaración de los Derechos Humanos, CEDDHH, el principio se encuentra igualmente protegido por los códigos penales europeos y latino americanos.

El respeto de la inviolabilidad del domicilio no es sin embargo, absoluto. Según el artículo 8 § 2 de la CEDDHH, diversas excepciones o atenuaciones pueden ser posibles. Así pues, el principio implica excepciones legales:

- los registros efectuados por el juez de instrucción, en caso de flagrante delito (particularmente en materia de terrorismo y de estupefacientes); o en
- caso de urgencia, autorizan al juez de instrucción a ordenar a los funcionarios de policía a proceder a estas operaciones
 - en locales de vivienda, si existe riesgo inmediato de desaparición de pruebas o índices materiales; o
 - en locales abiertos al público, bares, hoteles, discotecas, lugares de espectáculo, para la investigación y comprobación de infracciones en materia de proxenetismo.

Debe tenerse en cuenta que los registros domiciliarios resultan de la competencia del juez y que deben obedecer a un procedimiento estricto:

- Los registros están sometidos a reglas procesales: en el marco de investigaciones preliminares, de instrucción y de investigaciones relativas a delitos flagrantes. El concepto de registro ha sido definido por el Tribunal de casación francés como: “el acto que implica la búsqueda de indicios que permiten de establecer la existencia de una infracción o determinar su autoría”.
- En materia de registros decididos por el juez de instrucción, el registro se desarrolla en presencia de la persona a quien pertenece o habita en el domicilio; o en caso de imposibilidad, en presencia del representante de su elección. A falta de alguno de ellos, el funcionario que lo realice, elegirá a dos testigos requeridos a tal efecto por él, fuera de aquellas personas que dependen de su autoridad administrativa. El acta del registro debe ser firmada por el domiciliado, habitante, su representante o los dos testigos. Existiría una excepción en este caso: cuando la persona en el domicilio de quien se practica el registro se encuentra detenida en otro lugar y que su transporte en el lugar debe evitarse por graves riesgos.
- La hora del registro, salvo reclamación hecha desde el interior del domicilio o en las excepciones previstas por la ley, no pueden comenzarse antes de las 06:00 horas ni después de las 21:00, aunque el juez de instrucción puede autorizar a proceder a tales operaciones de noche, cuando no se refieren a locales de vivienda.
- También, los funcionarios de policía pueden ingresar de noche en los domicilios privados en caso de auxilio solicitado desde el interior; en caso de urgencia: inundación, fuga de fluidos, y también para portar asistencia o ayuda a una persona en peligro.

Sin embargo, el registro domiciliario debe conciliar las necesidades de la investigación y la protección del secreto o reserva profesional. El

legislador previó distintas garantías para aquellas profesiones sometidas a estas protecciones. Los registros en el gabinete profesional o en el domicilio del profesional sólo son legales si son efectuadas por un magistrado y en presencia del representante de los intereses del Colegio Profesional, o su delegado. En efecto, allí donde comienzan los derechos profesionales se detienen los poderes del juez de instrucción. Es por esta razón que la correspondencia entre un abogado y su cliente no pueden ser objeto de secuestro. En materia fiscal y aduanera se autorizan igualmente los registros domiciliarios.

¿Queda pendiente una última duda, importante de ser aplicable el concepto de domicilio-residencia generado por las nuevas tecnologías: cuál es el domicilio de la persona que no tiene residencia habitual? El Código civil peruano la considerada domiciliada donde se le encuentre.

En este estadio, es oportuno preguntarse entonces sobre la pertinencia de la prueba del domicilio o de la residencia: vincular una persona a un espacio físico y de someterlo a la competencia geográfica de alguna autoridad. Los resultados de estos contenciosos son múltiples, variados y dispares. Sin embargo, algunas tendencias mayores parecen diseñarse cuanto a la jurisprudencia internacional, la autoridad de registro y de verificación del domicilio o residencia, y a los documentos utilizados como prueba.

En la jurisprudencia internacional sobre la materia, dos son sus orientaciones principales: de un lado, la idea de domicilio-residencia, asociada primera al alojamiento, a la estancia; segunda, a un centro de interés económico, de negocios. Es entre estas dos orientaciones que debiera optarse, sobre la primacía del o de los criterios aplicables.

Cuanto a la autoridad de registro y verificación del domicilio-residencia, las dudas subsisten cuanto a la aplicación del principio, éste de proximidad o aquel de seguridad: municipalidad o prefectura, u otro organismo idóneo.

Finalmente, respecto a los documentos utilizados como prueba: si bien se acepta la costumbre creada *praeter legem* (contraria a la ley) que los certificados o constancias de domicilio-residencia sean entregados por

las autoridades de proximidad o de seguridad, cada vez más, son aceptadas pruebas indirectas de vivencia, véase de residencia, como recibos de alquiler, facturas de electricidad, teléfono o gas, etc. Estas prácticas someten igualmente a la crítica el valor de estos documentos; antes, instrumentos públicos al ser entregados por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y marcados de prueba plena, y ahora, instrumentos públicos o privados, si son entregados por funcionarios, agentes públicos o, por empleados privados, y calificados estos últimos como documentos de prueba referencial o indiciaria.

¿Ello no estaría indicando la pérdida ya del domicilio como elemento indispensable para la individualización de las personas físicas? ¿La renuncia de la administración de ubicar a la persona en un territorio, en un lugar, en un punto preciso del espacio físico de la nación? A menos que vía otros criterios, las nuevas tecnologías en particular, la función del domicilio y de ubicación de una persona pueda ser asegurada, complementaria o alternativamente: la geolocalización por ejemplo.

1.2.3.2 *RESIDENCIA*

El sentido general de esta noción es más concreto, más realista que aquella de domicilio. La residencia es el lugar donde la persona habita, reside efectivamente, de manera estable y regular. La residencia coincide frecuentemente con el domicilio, pudiendo ser distinta. Es el caso de la residencia en la cual los interesados pasan una parte del año, en estaciones precisas, de invierno o de verano, o de vacaciones. Un domicilio que no constituye el lugar de morada principal no podría, por definición, ser equivalente a residencia.

Debemos constatar forzosamente el lugar cada vez más importante concedido, tanto por el legislador como por la jurisprudencia, al concepto de residencia. Es interesante observar que las nuevas tendencias no determinan ya la competencia territorial por el recurso a la noción de domicilio sino por el concepto de “lugar dónde mora el demandado” que éste precisa refiriéndose expresamente al domicilio o, en su defecto, a la residencia. Esta noción concreta y fácilmente comprobable es en efecto

de un uso mucho más práctico que el concepto a menudo ficticio, teórico, abstracto de domicilio.

Es oportuno entonces preguntarse sobre la pertinencia de la prueba del domicilio o de la residencia, mediante el hecho de vincular una persona a un espacio físico y de someterlo a la competencia geográfica de alguna autoridad. Los resultados de estos contenciosos son múltiples, variados y dispares. Sin embargo, algunas tendencias mayores parecen diseñarse: cuanto a la jurisprudencia internacional, a la autoridad de registro y de verificación, y al documento utilizado como prueba.

Cuanto a la jurisprudencia internacional, dos podrían ser las orientaciones principales: de un lado, la idea de domicilio-residencia, asociados primero al alojamiento, a la estancia; segundo, a un centro de interés económico, de negocios.

Cuanto a la autoridad de registro y verificación del domicilio-residencia, las dudas subsisten cuanto a la aplicación de los principios de proximidad (municipalidad) o de seguridad (prefectura) u otro organismo idóneo.

Finalmente, respecto al documento utilizado como prueba: si bien se acepta la costumbre creada *praeter legem* (contraria a la ley) que los certificados o constancias de domicilio-residencia sean entregados por las autoridades de proximidad o de seguridad, cada vez más, se aceptan pruebas indirectas de *vivencia*, véase *de residencia*, como recibos de alquiler, facturas de electricidad, gas o teléfono, etc.

1.2.4 Sexo

El sexo establece, en el estado actual de nuestros conocimientos, una clasificación binaria de la población. Aunque no lo hemos evocado sino después de analizar las otras tres instituciones de la personalidad precedentes: existencia, nombre y domicilio, es sobre todo un complemento de éstas, aun cuando representa una división primordial, la misma que se traduce en signos familiares inequívocos, desde la apariencia corporal, los comportamientos e indumentaria, cualquiera que sean los procesos sociales, o de moda.

La identidad de la persona, su nombre, su domicilio requieren de investigaciones, pruebas, documentos. El sexo, al contrario, porta sobre cada ser humano, en su vida diaria, los rasgos de un hombre o una mujer.

El derecho reconoce la *diferencia de sexos*, y faculta su uso; pero se esfuerza igualmente en hacer cohabitar este dato natural, mediante el derecho a la *igualdad de los sexos*.

1.2.4.1 DIFERENCIA DE SEXO

1.2.4.1.1 Comprobación

La mención del sexo es obligatoria en la partida de nacimiento, pero no porque el Código Civil así lo indique, sino la Ley N° 26497 del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC, que deroga el Título VIII, Registros del estado civil del Código Civil.

RENIEC es la entidad encargada, orgánicamente, de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales, inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil a partir de junio de 1995. Y, en particular, tiene por función registrar los nacimientos matrimonios, divorcios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas, y emitir el documento único que acredita la identidad de las personas: el Documento Nacional de Identidad, DNI.

El sexo de la persona se inserta en base a las indicaciones del declarante. En la práctica actual, son las clínicas, maternidades, hospitales, quienes hacen la declaración, basándose en un certificado del obstetra, médico o comadrona. El funcionario de estado civil podría verificar, pero no tiene obligación de hacerlo.

Constatado el sexo en el acta de estado civil, lo es, en principio y para siempre. La razón es muy simple: los elementos morfológicos a la vista de los cuales tiene lugar la clasificación inicial - los mismos que son observables a primera vista en el recién nacido - no están destinados a invertirse en el curso de la vida. Todo lo que puede acaecer, es una imperfección

inicial de la anatomía de la persona que puede ser interpretada de manera contradictoria posteriormente; pero no son sino hipótesis rarísimas, cuya rectificación de la partida de nacimiento se impondrá indiscutiblemente.

1.2.4.1.2 Transexualismo

Hoy, sin embargo, nos hacemos del sexo una idea más compleja, y se distinguen componentes fisiológicos, psicológicos, sociales que no se fijan al nacimiento. Un individuo puede así resentir una profunda impresión de pertenecer a otro sexo. Pretenderá entonces, recurriendo a la medicina y a la cirugía, como en su conducta personal, de adjudicarse el porte del sexo que cree tener. Es el fenómeno (patológico) de *Transexualismo*. Hombre que se orienta al sexo de mujer, o mujer orientándose al sexo del hombre; el Transexualismo pide a los jueces de constatar su metamorfosis, por una rectificación de sexo en la partida de nacimiento y un cambio de sus nombres. La justicia ha accedido a algunas de tales solicitudes, por compasión de los sufrimientos que puede causar una distorsión entre el sexo legal y un sexo “vivido”, o con la esperanza de contribuir al apaciguamiento y, eventualmente, a la cura. Pero hasta ahora los Tribunales, a pesar de matices en los motivos, confirman casi siempre como principio la inmutabilidad el sexo constatado en la partida de nacimiento.

1.2.4.1.3. Consecuencias

El CCP, en el Art. 4º, hace indirectamente la diferencia de dos sexos: presentándolo como una de las condiciones de la formación del matrimonio, el elemento biológico. Aparte del CCP, hubo otra bien conocida aplicación de la diferencia ahora menos aplicada; el servicio militar. Ella estuvo incluida en el derecho público pero el derecho civil no pudo hacer abstracción: el sexo masculino fue y es aun obligatorio en algunos países, mientras que las mujeres acceden a este servicio en calidad de voluntarias. En el Perú este servicio implica una serie de obligaciones corporales en tiempo de paz y sobre todo en tiempo de guerra, obligaciones sancionadas penalmente por una legislación especial en el Código de Justicia Militar.

1.2.4.2 IGUALDAD DE SEXO

1.2.4.2.1 Principios

Antes de ser legal, el principio resultaba de una regla gramatical que tenía fuerza de costumbre: algunas palabras, e incluso los derechos atribuibles, eran ambisexuados en la lengua castellana. El género masculino engloba su contra parte, el femenino; y en las personas, el viril, comprende también el femenil. Queda claro que si todo peruano goza de sus derechos civiles toda peruana igualmente; y que si toda persona puede contratar, esta puede ser, indiferentemente, hombre o mujer.

En el estilo legislativo de nuestra época, la afirmación de igualdad reviste a menudo un cariz negativo: es la condena de las distinciones o (en términos más reprobables) de las discriminaciones - en particular, de distinciones o discriminaciones basadas en el sexo. Afirmada bajo esta forma, la igualdad deja suponer la vigencia de prácticas contrarias, que se trata de combatir, en las costumbres y en las relaciones privadas.

En el Código de Trabajo peruano existen una multitud de prohibiciones de este tipo (Contratación; remuneración). Se añaden a estas las sanciones incluidas en el Código Penal o en otros cuerpos legislativos. A veces, el mecanismo es más sutil: al restablecimiento de la igualdad se espera una desigualdad en sentido opuesto, compensatoria, mediante la cual se preconizan medidas de recuperación en los convenios colectivos del trabajo. O últimamente, en las normas electorales, mediante discriminación positiva, se exige un porcentaje mínimo de candidatos mujeres inscritas en las listas de candidaturas. Ahora inclusive de edad: Congresistas, Regidores o representantes jóvenes.

Baste saber, que el Código de Napoleón figura como ley *sexista*. Si en verdad, las desigualdades que él instituía no eran desigualdades debido al sexo, al menos, no eran *sólo* debido al sexo. Si el sexo gozaba de un cierto rol, era por su asociación al matrimonio. La mujer soltera, viuda o divorciada tenía un derecho igual al del hombre. Sola la mujer casada, porque era casada, se le imputaba de inferioridad. Contrariamente, los tí-

tulos de superioridad jerárquicos asignados al marido (Jefe de la familia, Jefe de la comunidad) sólo tenían sentido en el matrimonio y mientras el matrimonio durara. Pero, de estas disposiciones desiguales de 1804, las más destacadas: la incapacidad de la mujer casada y la potestad marital, desaparecieron entre 1938-1942, coincidentemente durante la Segunda Guerra Mundial. Las otras desigualdades fueron corregidas por las reformas del V República. De modo que, el derecho de familia ha dejado de ser desigual en relación al sexo y recupera todo su valor de principio. Sin embargo, subsiste una excepción.

1.2.4.2.2 Excepción

Se refiere a la transmisión del nombre patronímico. En la familia legítima, se transmite por los varones (sin otro paliativo que el nombre de uso). En la filiación natural o extramatrimonial, el nombre de la madre tiene posibilidades de imponerse, e incluso oportunidades superiores, pero el riesgo de competencia, no significa necesariamente igualdad. Esta excepción evoluciona constantemente, sino, baste con referirse a las notas de pie de página siguientes².

² -Artículo 21.- Inscripción del nacimiento

Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.

Artículo 24.- Derecho de la mujer a llevar el apellido del marido

La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.

1.2.5 Nacionalidad

El Derecho Internacional Privado es una disciplina del derecho cuyo objeto de estudio es el llamado derecho de gentes o derecho que regula la situación jurídica de las personas y de los bienes en el ámbito internacional.

El objeto de estudio del Derecho Internacional Privado son pues las normas internas de los Estados en materia civil, los tratados internacionales, los convenios y acuerdos entre las naciones, así como el papel que desempeñan los organismos internacionales en materia de regulación del derecho de las personas y de los bienes.

Los atributos de las personas físicas y jurídicas son: el nombre, el domicilio, el patrimonio, la capacidad, el estado civil. El estado civil contempla no solamente la relación familiar que una persona guarda respecto al Estado – sino también su situación política como jurídica, a esto le da el nombre de nacionalidad.

El derecho de los bienes es el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas y los bienes. Una de las clasificaciones de estos últimos puede hacerse entre bienes materiales e inmateriales.

Una distinción importante entre el derecho de personas y el derecho de bienes, es que las personas son sujetos de derecho mientras que los bienes, son objeto de derecho, en consecuencia susceptibles de apropiación por los sujetos de derecho.

1.2.5.1 ANTECEDENTES

El vínculo de socialización entre los miembros de un clan y/o una tribu se realizó a través del tiempo por las actividades desarrolladas en éstos, por una identificación de unidad de sangre y de culto. Este mismo esquema se amplió a las civilizaciones griegas y romanas. En éstas, aquellos que no compartían los principios básicos de su unidad eran considerados extranjeros o “bárbaros” y por consiguiente, desterrados o excluidos de los derechos que la ciudad o el imperio otorgaban a aquellos que habi-

taban sus territorios. Entre los germanos, el vínculo socio-político de la nacionalidad no se basaba en la uniformidad de sangre, sino en la pertenencia a un clan determinado.

En la Edad Media, estas dos corrientes, tuvieron diversas influencias, predominando los principios del *Ius Soli*. El individuo o siervo era vasallo del señor feudal o súbdito del soberano, basada en la *allégeance*, fidelidad y lealtad por el mero hecho de haber nacido dentro de los límites del territorio sometido al dominio del señor. El vínculo era eterno y al súbdito le estaba prohibido emigrar, bajo sanción. Sin embargo, el siervo sometido podía cambiar su nacionalidad sólo si el soberano lo consentía.

En la Época Moderna, el término de *allégeance*, practicado en la edad media, se asocio al concepto de nacionalidad. En los años precedentes a 1789 la nación se confundía con la persona del monarca y la nacionalidad era el lazo de fidelidad y lealtad al soberano. Al desaparecer éste con la Revolución Francesa, el nuevo régimen buscó una noción que reflejara los principios de Libertad, Fraternidad e Igualdad, de índole democrático que sustituyera ese lazo de adhesión al antiguo monarca, surge así la nacionalidad como vínculo entre los habitantes de un pueblo en un territorio determinado, dotado de un ordenamiento político-jurídico, integrando estos tres componentes en una nueva institución: el Estado, creada para ejercer la defensa de la nación y la integridad de su territorio como sujeto de derecho ante la comunidad internacional.

La institución de la nacionalidad sufre en estas evoluciones y transformaciones un cambio significativo cuanto a su percepción; algunos tratadistas hablan de un contrato sinalagmático entre el Estado y sus nacionales, o de delegaciones recíprocas, entre la Nación y el Estado. Cualquiera que sea la percepción del Estado, una de sus primeras consecuencias es que no es más el arbitrio del soberano o el príncipe quien otorga o no la nacionalidad, sino el Estado, sobre la base de un conjunto de principios y reglas constitucionales o civiles como de circunstancias personales o familiares del sujeto. El hombre vía el derecho internacional se beneficia de la nacionalidad, vinculando ésta al Estado. Los nacionales son entonces aquellos individuos que por su vínculo al territorio y/o a la

sangre forman en un territorio determinado un Estado, regulado por un conjunto de reglas que los localizan e identifican, en una determinada colectividad. Puede decirse también que los nacionales son el conjunto de personas sometidas a la autoridad de un Estado a quienes éste reconoce derechos civiles y políticos y asume su protección dentro y fuera de su territorio. La nacionalidad no puede ser confundida con la ciudadanía, ésta última solo comprende una parte de los nacionales, aquellos calificados para ejercer sus derechos y deberes civiles y políticos.

El derecho de la nacionalidad está constituido por un conjunto de normas que permiten distinguir entre aquellos sujetos que el Estado reivindica como nacionales de aquellos que no lo son, entre los nativos y los extranjeros. Es también un instrumento que permite al Estado moderno de renovarse permanentemente como comunidad de ciudadanos.

1.2.5.2 DEFINICIÓN Y DERECHOS HUMANOS

1.2.5.2.1 Definición

Son muchas las definiciones que hay sobre el concepto de nacionalidad. Podemos mencionar la de Lerebours Pigeonniere, quien afirma: "... la nacionalidad es el vínculo político y jurídico creado por la decisión de un Estado, persona internacional, que convierte a un individuo en sujeto, es decir, miembro del Estado".

Carlos Arellano García, define la nacionalidad como "La institución jurídica a través de la cual se relaciona una persona física o moral con el Estado en razón de pertenencia, por sí sola o en función de cosas, de una manera originaria o derivada". *La nacionalidad también puede ser definida como: "...un lazo jurídico y político, definido por el Estado, por el que se une un individuo al dicho Estado"*.

Según Arjona Colomo el concepto de nacionalidad encierra un doble aspecto, uno político-social, y otro meramente jurídico. Por el primero, se entiende la nacionalidad como el vínculo entre el individuo y el Estado. Desde el segundo, la nacionalidad es considerada como un estatus del in-

dividuo, mediante el cual se le impone obligaciones y confiere derechos. Al enlace entre un Estado y un individuo se le denomina lealtad, ésta se manifiesta por deberes del individuo hacia el Estado del cual es sujeto (obligaciones civiles, militares, cuyo incumplimiento puede conducir en algunos casos a la pérdida de la nacionalidad) y en sentido inverso, por la protección diplomática que el Estado ejerce en favor de él. Esta composición de la población nacional constituye el sustento orgánico del Estado, la nación, quien dispone del acceso a un estatus privilegiado, en principio, excluido a los extranjeros.

Podemos definir la nacionalidad entonces como un vínculo sociológico, político y jurídico que une a una persona o a un bien con un Estado determinado. Esta definición integra varios conceptos que ya hemos evocado:

- La persona física es el elemento constitutivo del pueblo, es el elemento social, orgánico del Estado, que integrado en un determinado grupo de seres humanos, reunidos en territorio constituyen un Estado con el objeto de realizar un Proyecto Social y una Estrategia de Desarrollo cuya finalidad última es el propio ser humano. La Teoría del Estado presenta al pueblo, como un elemento esencial del mismo, de ahí que la nacionalidad sea el vínculo de unión entre las personas físicas y el Estado.
- Este vínculo posee un carácter sociológico, pues el concepto de nacionalidad implica la preexistencia de una serie de factores culturales, históricos y raciales que hacen posible la existencia de una comunidad y manifiestan la voluntad de vivir en común.
- Este vínculo posee también un carácter político, de interés y de participación en la “res publica”, administración, y ejercicio, en consecuencia, genera derechos y obligaciones políticas, para elegir o ser elegido para desempeñar cargos en la dirección del Estado.
- Finalmente, es un vínculo jurídico, en tanto esta condición supone el reconocimiento de derechos y obligaciones civiles. La atribución o facultad de los derechos otorgados por la naciona-

lidad hacen que el Estado se obliga a la protección a sus nacionales y sus bienes, en el territorio nacional o en el extranjero, como recíprocamente, éstos se comprometan a cumplir una serie de obligaciones frente a aquel.

1.2.5.2.2 Derechos humanos

La nacionalidad responde a una serie de Principios Reguladores, sancionados en las Declaraciones y Reglas aprobadas internacionalmente, de profunda vocación humanista.

Desde finales del siglo XIX se han realizado diferentes eventos en los que cuales se han ido creando reglas y principios generales para otorgar o adquirir la nacionalidad, entre ellos se pueden mencionar los tres siguientes:

- **La Sesión de Cambridge del 24 de Agosto de 1895, del Instituto de Derecho Internacional.** En esa Sesión se adoptaron ciertos principios jurídicos en materia de nacionalidad:

- 1- Nadie debe carecer de nacionalidad.
- 2- Nadie puede tener simultáneamente dos nacionalidades.
- 3- Cada uno debe tener el derecho de cambiar de nacionalidad.
- 4- La renuncia pura y simple no basta para perderla
- 5- La nacionalidad de origen no debe transmitirse indefinidamente de generación en generación establecida en el extranjero. –

- **La Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, del 13 de Marzo al 12 de Abril de 1930 en la Haya.** Se aprobaron los siguientes principios:

- a) Pertenece a cada Estado determinar su nacionalidad la misma que será admitida por otros Estados.
- b) Toda cuestión relativa sobre si un individuo posee la nacionalidad de un Estado debe ser resuelta conforme a la ley de ese Estado.

- c) En caso de doble nacionalidad, cada Estado tiene competencia sobre el individuo titular de las dos nacionalidades.
 - d) Un Estado no puede ejercer su protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, en contra del Estado donde aquél es también nacional.
 - e) Todo individuo con doble nacionalidad puede renunciar a una de ellas, con autorización del Estado en donde quiere renunciarla.
- **La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica, en 1969 y aprobada en 1972.**

El artículo 20, estableció el derecho a la nacionalidad en los siguientes términos:

- 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- 2- Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
- 3- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Actualmente, la nacionalidad ha adquirido una connotación tal que ha sido elevada a la categoría de Derecho Humano fundamental y en consecuencia ha sido reconocido por varios instrumentos jurídicos internacionales, de carácter declarativo y convencional; aquellos de la Organización de las Naciones Unidas (O. N. U.) y la Organización de Estados Americanos (O. E. A.):

- **La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.**

Esta declaración estipula en su artículo 15 lo siguiente:

- 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
 - 2- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del Derecho a cambiar de nacionalidad
- **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966**, el artículo 24 inciso 3º, indica, Que: “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

- **La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, de 1969.** En el artículo 20, “Derecho a la Nacionalidad” se afirma:

- 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- 2- Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra.
- 3- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

- **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.**

El Artículo XIX de esta declaración establece el Derecho a la Nacionalidad, dice: *“Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”.*

- **La Convención para Reducir los casos de Apátrida, de 1961.**

Acordó:

- 1- Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.

Esta nacionalidad se concederá:

- a) De pleno derecho en el momento del nacimiento.
- b) Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado, o en su nombre, o en la forma prescrita por la legislación del Estado que se trate.

- **La Declaración de los Derechos del Niño.**

Esta declaración en el Principio 3, establece: *“El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”.*

- **La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1965.**

En el artículo 5, declara:

“Los Estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda per-

sona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color, u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes:

- d) Derechos civiles,
- iii) El derecho de la nacionalidad.

1.2.5.3 ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ORIGINARIA O ADQUIRIDA

Además de los elementos filosóficos, políticos o sociológicos que pueden serles atribuidos a la nacionalidad, éste derecho es considerado superior a la *summa divisio*, establecido entre el derecho público y privado. La doctrina mayoritaria considera que el estado de las personas, a la cual se relaciona la nacionalidad, se vincula más al primero que al segundo. Las disposiciones sobre el tema más públicas que privadas así lo confirman. El Estado en el ejercicio de sus funciones soberanas, adopta un ordenamiento político-jurídico y decide sobre las normas pertinentes de derecho público, particularmente válidas para los procesos de adquisición y pérdida de la nacionalidad. Se añade a los elementos conceptuales, un fuerte contenido emocional, cuyos ejemplos son los frecuentes cambios sobre el concepto de nacionalidad y de conceptos conexos esgrimidos por las mayorías políticas en función de los proyectos de sociedad, o de las coyunturas políticas.

La ciencia política y las disciplinas del derecho vinculadas a esta cuestión se apoyan sobre diversos elementos, según cada enfoque, para definir la nacionalidad y los elementos conexos, todas ellas coinciden, sin embargo, en el rol central del Estado en esta materia.

El derecho interno de cada Estado reglamenta soberanamente la forma de otorgar su nacionalidad, de tal manera que su adquisición puede ser originaria o adquirida.

Doctrinariamente, se dice que la nacionalidad se divide en dos casos de especie, desde el punto de vista de su adquisición:

- a) *Nacionalidad de origen u originaria*, aquella que el Estado atribuye al individuo al momento de nacer.
- b) *Nacionalidad adquirida*, aquella que el individuo puede obtener más tarde por medio de la naturalización.

1.2.5.3.1 Adquisición

- **Nacionalidad originaria**

La nacionalidad originaria está referida básicamente a las personas físicas pero por antropomorfismo se les aplica también a las personas jurídicas o morales. Existen, en general, tres maneras de asumir la nacionalidad originaria, llamada también natural o de nacimiento:

Ius Sanguinis, llamado también derecho de sangre, comprende la ascendencia y descendencia de una persona. *Ius Soli* o *Ius Domicili*, considerado como el espíritu de hacer de un lugar el sitio de domicilio, e integrado por dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Y el *Régimen Mixto*, que integra tanto elementos del primero como del segundo.

§. *Ius Sanguinis*.

Se ha dado en entender la nacionalidad como el vínculo que determina la pertenencia de la población a un Estado. Desde una perspectiva jurídica, sólo puede establecerse la noción de nacionalidad en relación con un Estado. La nacionalidad de derecho se configura como el vínculo existente entre la organización estatal y el individuo identificándolo como miembro de su población.

El criterio de población o grupo humano contribuye a la definición de nacionalidad. Según éste, cada Estado confiere a los nacidos en su territorio, una nacionalidad legal, según las reglas fijadas por cada país y sus políticas, permitiendo de operar la distinción entre el nacional y el extranjero que evocamos antes.

Uno de los rasgos comunes a la población es la ascendencia-descendencia, el *Ius sanguinis* (del latín, derecho de sangre) criterio jurídico que puede adoptar un ordenamiento para la concesión de la nacionalidad. Según el *Ius sanguinis*, una persona adquiere la nacionalidad de sus ascendientes por el simple hecho de su filiación (biológica o incluso adoptiva), aunque su nacimiento se realice fuera del territorio nacional o en otro país.

El sistema del *Ius Sanguinis* tiene su origen en el derecho Romano y está dado por el vínculo de sangre, según el cual, las personas adquieren

la nacionalidad de sus padres, cualquiera que sea el lugar donde hayan nacido. Dicho sistema presenta la ventaja de mantener las tradiciones del hogar, la lengua, los intereses y tiende a una gran nacionalidad familiar. Sin embargo, por no tomar en cuenta el lugar de nacimiento, presenta varias dificultades y obstáculos, como aquel de otorgar la nacionalidad a personas que se encuentran lejos de su territorio, imbuidos con otras tradiciones, costumbres o intereses, o al recién nacido imposibilitado de manifestar su voluntad sobre la nacionalidad que le corresponde.

§. Ius Soli.

Tiene su origen en el régimen feudal, según el cual, se considera nacional a toda persona que nazca dentro de un *feudo*, o territorio determinado, aunque los padres no sean nacionales del mismo, es decir, que la nacionalidad se determina por el lugar del nacimiento. Dicho sistema se justifica por la afinidad y adaptación que una persona tiene con el lugar que habita, su medio social y su geografía, pero tiene el inconveniente de incorporar a una extensa y variada población a un Estado.

La importancia del criterio territorial en la formación de la nacionalidad se explica, entre otros, por el paso del sistema medieval al Estado moderno, cuya *territorialización de la autoridad y de la ley* no son sino una de sus manifestaciones.

Por este criterio, el Ius soli, opuesto al Ius sanguinis, una persona adquiere la nacionalidad de un país por nacimiento en un territorio nacional.

Además de constituir un vínculo político, la nacionalidad se configura como una cualidad, como un status de la persona, al que resultan aplicables todas las reglas generales del estado civil. Cualidad de nacional que es presupuesto de derechos y obligaciones.

Mientras que el Ius soli intenta proteger los derechos de los nativos, el *Ius sanguinis* trata de proteger los derechos de los emigrantes. Se utiliza en mayor medida en aquellos países que, por su situación socio-económica, tienen tendencia a mayor emigración. En consecuencia, los hijos que nacen en el extranjero mantienen la nacionalidad de sus padres; esto sin perjuicio del Derecho de optar por otra nacionalidad, que pueda cor-

responderle al llegar a una determinada edad. El *Ius soli*, sin embargo, se utiliza más en países receptores de emigrantes, por su mejor adecuación a la realidad social.

Algunos autores hablan del *Ius domicili*, mediante la cual se obtiene la nacionalidad del domicilio de los padres.

§. Régimen Mixto

Existe además del *Ius sanguinis* y el *Ius soli*, un Régimen mixto, que combina, según cada país, determinados porcentajes del *Jus Soli* y del *Jus Sanguinis*, atribuyendo a los hijos de los extranjeros la nacionalidad del lugar donde haya nacido y a los hijos de los nacionales nacidos en el extranjero, la nacionalidad de sus padres. En algunas legislaciones, de forma provisional y con reserva del derecho de opción del nacido.

Existe en algunos países centroamericanos un sistema adicional que podríamos llamar Sistema de Nacionalidad Centroamericana, consistente en atribuir a las personas originarias de los Estados que constituyeron la República Federal de Centroamérica, domiciliados en esos países y que manifiesten su voluntad de ser nacionales ante las autoridades competentes, la calidad de nacional originario. Tal sistema es aplicado en las legislaciones guatemalteca, nicaragüense y salvadoreña únicamente.

Si bien hemos dicho, el derecho reconoce a cada Estado, competencia exclusiva para determinar sobre los criterios jurídicos y políticos en la adjudicación de la nacionalidad de su población, distinguiendo entre el nacional y el extranjero, no podemos olvidar que éste mismo ente utiliza la nacionalidad como criterio de *pertenencia jurídica y política de una persona a su población*; así, la institución jurídica de la nacionalidad puede ser vista como un instrumento de apertura o de clausura social; de exclusión o de inclusión.

a.1. Persona física

La nacionalidad de la persona física puede ser originaria o adquirida. La nacionalidad originaria resulta del nacimiento; la nacionalidad adquirida, es aquella obtenida, por cambio o substitución de la nacionalidad originaria, o de aquellas que sucedieron a ésta. La determinación

ón de la nacionalidad originaria proviene de la disposición, atribución, voluntad del Estado; la nacionalidad adquirida, depende de la voluntad del individuo o de circunstancias excepcionales. Generalmente, la primera es una nacionalidad de atribución, y la segunda, una nacionalidad de elección. En principio, todo individuo debe tener al menos una nacionalidad. Este principio es exacto teóricamente, pero puede fallar en la práctica. Frecuentemente se presentan dos situaciones: primo, cuando el individuo carece o ha sido despojado de una nacionalidad, privándosele de la protección de su Estado como del Derecho Internacional y por consiguiente, considerado un apátrida. Segundo, cuando el individuo tiene más de una nacionalidad, conocidos éstos como “sujetos mixtos”, los cuales presentan también una situación jurídica compleja, doble o múltiple nacionalidad.

La doble nacionalidad consiste en “la posesión de los derechos y deberes políticos de dos países y ejercitables sin más que la residencia en cualquiera de ellos, que en principio puede mudarse con plena libertad.”

La determinación de cuáles personas físicas pertenecen a una nacionalidad, es facultad soberana del derecho interno de cada Estado. El Convenio relativo a conflictos de leyes sobre nacionalidad, de la Haya (1930), estableció que “corresponde a cada Estado determinar por su legislación cuáles son sus nacionales”. Y el Código Internacional Privado o Código de Bustamante, de 1928 indicaba ya que, “cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado.

a.2. Persona jurídica

Aunque el término jurídico de nacionalidad surge en relación con las personas físicas, por extensión, se utiliza también para designar la especial relación de un Estado con determinadas personas jurídicas y con ciertas inmuebles (buques, aeronaves) bienes importantes en la vida económica de un país.

Existen dos teorías al respecto, aquella que indica que las personas jurídica:

- a) Tienen nacionalidad; y las que admiten que
- b) No tienen nacionalidad.

El debate de fondo reside en la ley aplicable a las personas jurídicas.

Aquellos que defienden la posición de que si tiene nacionalidad, esgrimen:

- Les es aplicable la nacionalidad del lugar de su constitución.
- Cuentan con una Autorización Gubernamental.
- Su nacionalidad se determina por la nacionalidad de sus socios: Fundadores, Gestionarios, Socios Mayoritarios.
- Tienen un Domicilio Social.

Sin embargo, todos estos argumentos pueden ser rebatidos:

- porque el lugar de la constitución de la persona jurídica puede ser fraudulenta u oportunista;
- porque las autorizaciones para funcionar no los compele efectivamente a realizar sus actividades;
- porque la personalidad jurídica de la persona jurídica difiere de aquella de la personas físicas de sus socios que son mortales, cambian de nacionalidad, pueden ser apátridas o con doble o múltiple nacionalidad; o
- porque el domicilio social de la persona jurídica, puede ser aquel de la sede central, la sede administrativa, productiva o de servicios, o en los casos de personas jurídicas transnacionales, cualquiera entre las que decidan éstas.

Las guerras y las situaciones de crisis actuales, hicieron y hacen que la nacionalidad de las personas jurídicas, sirvan como mecanismos de infiltración, o ex filtración económica, de saber hacer, frente al enemigo o a la crisis. Francia ha argumentado que la persona jurídica tiene la nacionalidad de quien tiene su control efectivo; pero no es fácil determinar quien detenta éste en determinadas personas jurídicas (compañías,

holdings o empresas) transnacionales. Frente a ello, surgió la tesis de que las personas jurídicas no tienen nacionalidad, porque este atributo es un vínculo político, sociológico, jurídico, y que las personas jurídicas no pueden ejercer esos derechos políticos virtuales como elegir o ser elegidas.

Lo importante no es en efecto la nacionalidad, sino el derecho aplicable a la persona jurídica. Recientemente, se acepta más la tesis de la territorialidad de las personas jurídicas, aplicación de la ley de un determinado país en la constitución de las mismas y la fijación de un domicilio social, como condiciones que permiten a éstas de adoptar una determinada nacionalidad.

b. Nacionalidad adquirida

La nacionalidad adquirida o llamada también derivativa o por naturalización, es el medio por el cual un extranjero, adquiere la nacionalidad del Estado que la otorga. Algunos investigadores utilizan la expresión “naturalización o nacionalización strictu sensu” al hecho de admitir a un extranjero, como ciudadano, cuando éste presenta una solicitud formal, en la que manifiesta su deseo de nacionalizarse. La naturalización solo procede respecto de extranjero y sigue siendo una prerrogativa soberana y discrecional del Estado, el cual puede concederla o negarla, sin explicar las razones de su determinación. La naturalización confiere al individuo la condición de nacional y en consecuencia el goce pleno de los derechos políticos a que tiene derecho todo nacional. A pesar de ello, por las múltiples motivaciones a las que se encuentra sujeta, esta atribución no le acuerda la absoluta equivalencia de derechos con el nacional originario. Así, la nacionalidad originaria puede modificarse o cambiarse en virtud de ciertas determinaciones: el matrimonio, la legitimación, la adopción, el derecho de opción, por residencia, por trabajo al servicio de gobierno extranjero, por petición del interesado.

La naturalización adquirida presenta dos caracteres, puede ser por naturalización individual o colectiva de la persona física:

Naturalización Individual

La concede la autoridad competente, a solicitud del interesado, una vez satisfechas las condiciones impuestas. Se concretiza la concesión o aprobación de la naturalización por la autoridad delegada mediante otorgamiento del carné o carta de naturalización o documento de identidad. La naturalización individual puede ser:

- Voluntaria: exige una residencia prolongada, renuncia explícita o no a la nacionalidad anterior.
- Semi-voluntaria: si las legislaciones atribuyen forzosamente a un cónyuge, la nacionalidad del otro, o de la paternidad.
- Forzada: por simple ingreso en el territorio en el caso de los extranjeros; o en el caso de los nacionales naturalizados en el extranjero, si regresan a su país de origen recuperan su nacionalidad.

El procedimiento de la naturalización puede comprender los siguientes trámites:

- a) Presentación de una solicitud expresa, renunciando o no, terminantemente a la nacionalidad poseída y de satisfacer las circunstancias o calidades personales favorables al derecho público del Estado en el cual se pretende ser nacional.
- b) Comprobación de vecindad y residencia, a fin de demostrar que el pretendiente ha convivido el tiempo suficiente para considerarse miembro de la sociedad a la cual desea pertenecer definitiva y plenamente; o un certificado de matrimonio civil con cónyuge originario del país.
- c) Intervención Judicial.
- d) Informes especiales sobre antecedentes de conducta.
- e) Comprobación de medios lícitos de subsistencia.
- f) Declaración expresa de sujeción incondicional (allégeance) a las leyes del país cuya nacionalidad se pretende adquirir.

Naturalización Colectiva

Es concedida por la autoridad competente a una colectividad de individuos, no necesariamente peticionarios de ella, principalmente en casos de anexión territorial, naturalización colonial, etc.

Los principios de la nacionalidad adquirida aparentemente no serían aplicables a las personas jurídicas o morales. Sin embargo, alguno de los argumentos utilizados, para los casos de naturalización individual de las personas físicas, en lo relativo a su carácter voluntario podrían ser aplicables a los casos de las personas jurídicas. Por ejemplo: la exigencia de una residencia prolongada o una renuncia explícita a la nacionalidad anterior. No serían aplicables, aparentemente en los casos de naturalización semi-voluntaria ni forzada.

1.2.5.3.2 Pérdida

Los Estados determinan en su derecho interno las causas de la pérdida de la nacionalidad de sus nacionales, siempre que éstas no sean contrarias al derecho internacional generalmente reconocido, o a los Tratados a los cuales adhieren. Las causas más usuales son por: renuncia, desnaturalización, abandono, expatriación, opción, naturalización y sentencia judicial.

Estos casos se aplican cuando la ley prevé que un nacional o un extranjero pueden **renunciar** unilateralmente a su nacionalidad. O cuando algunas legislaciones prevén la **desnaturalización** de un nacional, como sanción, si sin su consentimiento trabaja al servicio de un Estado extranjero. Otras legislaciones prevén el caso de pérdida de la nacionalidad, cuando un nacional **abandona** el Estado, y no retorna a él después de determinado tiempo. La **expatriación** es voluntaria, cuando el naturalizado abandona de *motu proprio* el territorio del Estado de origen o adquirido y no retorna después de un tiempo determinado, fijado por ley. La **opción**, se presenta cuando una persona con dos o más nacionalidades, se ve obligada a optar por una de ellas a la mayoría de edad. La nacionalidad se pierde, al instante mismo que un nacional de un Estado adquiere

carta de **naturalización** de otro Estado. Hay algunos Estados, empero, que no aceptan la pérdida de la nacionalidad de sus nacionales aunque adquieran carta de naturalización en otro Estado. Excepcionalmente un nacional puede perder su nacionalidad por efecto de una **sentencia** emanada de un tribunal competente. Pero así como pierde la nacionalidad esta puede recuperarse.

1.2.5.3.3 Recuperación

Además de las dos formas de adquisición de la nacionalidad, originaria y adquirida, se puede recuperar o re-adquirir la nacionalidad. Para ello se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos de derecho interno que la ley exige según las normas del Estado del que se trate. Estos requisitos generalmente son: que el naturalizado regrese a su país de origen, con la intención de no volver más a su patria adoptiva y que el naturalizado se domicilie por más de ex años en su país de origen con intención de quedarse permanentemente en él.

La recuperación de la nacionalidad no tiene efectos retroactivos, en el sentido de que no se pueden desconocer las obligaciones contraídas con anterioridad al momento de la recuperación de la nacionalidad originaria.

1.2.5.3.4 Efectos

Resulta necesario determinar la nacionalidad de las personas debido a los efectos que ella puede tener, tanto para el derecho público como para el derecho privado de cada país.

Entre los efectos de la nacionalidad de derecho público, se puede destacar los siguientes:

- 1) Otorga a determinadas personas derechos políticos.
- 2) Impone obligaciones civiles-militares impostergables.
- 3) Capacita para el desempeño de algunas funciones públicas específicas, vedadas a los extranjeros.

- 4) Instruye a los nacionales para el ejercicio de ciertos derechos, actividades o profesiones que las leyes enumeran explícitamente.
- 5) Habilita para la obtención de los títulos de nacionalidad (carta de identidad, pasaporte,...)
- 6) Posibilita la repatriación por el Estado de origen en caso de indigencia, salud.
- 7) Acuerda la posibilidad de recurrir a la protección diplomática del país del cual se es nacional.

La nacionalidad tiene también efectos de derecho privado, definidos en su Constitución y normas específicas que los países aplican a las personas que se hallan dentro de su territorio; disposiciones de derecho civil, en todos los casos en que se discuten problemas derivados de su identidad, capacidad, estado civil, de los bienes o de la norma de derecho sucesorio o de la familia, este sistema se llama “de la nacionalidad” y determina que el individuo porta siempre consigo, cualquiera que sea el lugar donde se encuentre, su propio status personal. Algunos de estos países son España, Francia, Italia, Cuba, Venezuela,...

Existe otro grupo de países, contrariamente, que han adoptado el llamado “sistema del domicilio” según el cual, las relaciones y conflictos civiles, se rigen por las leyes del país en el que el individuo se domicilia, cualquiera que sea su nacionalidad. Algunos de estos países son: Argentina, Estados Unidos, Inglaterra,...

1.2.5.3.5 Doble o múltiple nacionalidad

c.5.1. Historia.

Entre los primeros a reconocer la doble nacionalidad se encuentra la cultura helénica, Grecia en particular. Nada existe en el mundo que pueda compararse al hermetismo y a la cohesión de la antigua “polis” basada en fuertes vínculos religiosos y en una concepción supra individual de la ciudad. En estas Ciudades-Estados, se admitió la doble nacionalidad, la cual podía surgir de cualquiera de tres formas:

- a) La “sympoliteia” que suponía una liga o alianza política con una ciudadanía común o, “koinopoliteia” a la que tenían derecho los que eran ciudadanos de una de las ciudades aliadas.
- b) En la “isopoliteia” o concesión recíproca de la ciudadanía, cada ciudad conservaba totalmente su independencia sin que ninguna de ellas, sufriera la menor merma en su soberanía, pero los ciudadanos de cada una alcanzaban la ventaja de gozar en la otra ciudad de los privilegios del ciudadano.
- c) La concesión de la ciudadanía a una persona que conserva, sin embargo, su ciudadanía originaria.

En el ejemplo de **Grecia**, es especial la figura de la “isopoliteia”, que muestra el clima propio de doble nacionalidad y enseña la forma técnica, en la que puede funcionar sin dificultades. Es necesario tomar en cuenta el hecho que en el territorio de la comunidad helénica, donde eran frecuentes las luchas y resentimientos entre los diversos estados, por sangrientas y hondas que fueran éstas, nunca pudieron sobrepasar el sentimiento de unidad interna y de diferencia esencial respecto a los bárbaros. La unidad de origen y de raza de los griegos se había convertido desde largo tiempo en una sólida y consciente unidad de cultura. El heleno primero era “miembro de su polis” y en segundo lugar era “miembro de la raza helénica”, constituyendo frente a los no helenos un círculo exclusivo. Tenía un doble vínculo de ciudadanía, primario y predominante respecto a su ciudad, y secundario hacia los varios miembros de la raza griega. El funcionamiento de la doble ciudadanía no tuvo dificultades, los naturalizados por el decreto de concesión de ciudadanía, quedaban autorizados a inscribirse en una tribu, demo o fraternía, y para poder ejercitar los derechos de ciudadano bastaba esta inscripción y el traslado de residencia. En caso de conflicto entre dos ciudades, tampoco parece lo hubiera, pues se daba más valor a la ciudadanía de origen que a la adquirida, a no ser que hubiese perdido o se perdiese aquella.

En el caso de **Roma**: el sentido práctico y el buen instinto político del pueblo romano no desconoció la utilidad de la doble nacionalidad. El “foedus latinum” concedía a los latinos la ciudadanía, romana, pero sin

que por ello perdiesen su propia ciudadanía latina; la situación jurídica que por él habían conseguido los latinos la consideraba Dionisios igual a la creada por la “isopoliteia” griega. El latino tenía derecho de voto en la Asamblea Romana y podía gozar de todos los derechos del ciudadano romano si se establecía en Roma, o bien conservaba los derechos privativos de su propia ciudad si permanecía en ella. Después de Augusto, es indudable que los extranjeros que adquirían la ciudadanía romana conservaban - junto a ésta - su antigua ciudadanía. La ciudadanía romana operaba así como un privilegio añadido a la propia ciudadanía, de modo que entre las mejores familias griegas de las ciudades y los mejores propietarios de tierras, pocos eran los que no poseían, la ciudadanía romana.

Durante la Edad Media existió el **crístianismo** como una comunidad viviente de religión y de cultura de la que todos los pueblos europeos se reconocían partícipes. En el derecho medieval actúa la unidad cristiana, lo que explica que a pesar del recelo que separa a ciudades y territorios, se permitía muchas veces adquirir la ciudadanía por domicilio y sin que se exija el abandono de la ciudadanía originaria, conservada de modo latente. Este clima moral permite que se consideren normales los tratados de “combourgeoisie” como el de 1505 entre los cantones de Berna y Friburgo, y el de 1528 entre el Valais y cinco pequeños cantones. En ellos se pactaba honor, amistad y alianza, conservando cada contratante su plena independencia. Pero los súbditos de cada uno podían ir, sin necesidad de permiso especial, a establecerse en el país de los otros y gozar allí de los privilegios del ciudadano, sin requerir para ello de carta de naturalización.

Los **musulmanes** conocen, por encima de las divisiones políticas una distinción de mayor amplitud e importancia. El mundo para ellos, está separado en dos, el territorio del Islam (“Dar el islam”) y el territorio de guerra (“Dar el Harb”) el primero, la patria de todos los musulmanes, y el segundo, el país extranjero. Esta concepción valora en cada musulmán una doble condición. La de súbdito de un determinado soberano y la de perteneciente a la comunidad islámica. Así por ejemplo, el persa está sometido a distinta soberanía que el egipcio, pero “un musulmán de

Persia podrá tener en Egipto los mismos derechos y las mismas ventajas que un egipcio musulmán”.

En la época contemporánea ofrece una figura de duplicidad de nacionalidad. En 1911 los ingleses declararon que la nacionalidad imperial debía ser general y uniforme, aunque quedando cada colonia libre para conferir una nacionalidad “de carácter puramente local”. El desarrollo de esta idea fue mayor de lo previsto. Existe la condición de súbdito británico (“British subject”) como ciudadanía común (common citizenship) y junto a ella surgen los títulos de “Canadian National” o “Union National” con valor sustantivo y general. La precisión de estas nacionalidades ha requerido tiempo. Un súbdito británico puede tener efectivamente dentro de la comunidad británica dos nacionalidades distintas, e incluso independientes, que se adquiere y pierden de modo diferentes y que otorgan propios deberes y derechos.

Muchos han sido los esfuerzos para que la comunidad iberoamericana busque vía su integración regional, su identidad, dado sus orígenes, costumbres, religión, lenguas, así como también son cercanos sus intereses y las necesidades de sus habitantes. Sin embargo, no hay avances concretos sobre este punto con excepción de algunos tratados de doble nacionalidad celebrados por algunos países latino americanos, Argentina, Perú, Ecuador, Colombia con España.

c.5.2. Definición

En el derecho moderno también se reconoce que una persona pueda tener más de una nacionalidad, tal situación jurídica se define como “la posesión de los derechos y deberes políticos y civiles de varios países y ejercitables sin más que la residencia en cualquiera de ellos”. A las personas con doble o múltiple nacionalidad se les llama por algunos tratadistas, “sujetos mixtos” debido a lo complicado y problemático que presenta su situación jurídica, ya que los Estados de los cuales son nacionales, les reconocen al mismo tiempo tal situación, sea que se dé por la aplicación del Jus Soli o del Jus Sanguinis, originando, en algunas ocasiones, conflictos de nacionalidades. Tales conflictos surgen por las obligaciones que cada Estado impone a sus nacionales y éstos, por falta de un ordenamien-

to jurídico positivo vigente de carácter nacional, reconocido internacionalmente, se encuentran ante la imposición simultánea de obligaciones cuyo cumplimiento se elude o incumple por su imposibilidad de hacerlo, o fraudulentamente. El servicio militar obligatorio, la dificultad de determinar el estado jurídico de las personas, su capacidad jurídica, la ley nacional que se debe aplicar al sujeto y la protección diplomática en el extranjero, son algunas situaciones que se consideran difíciles de determinar en aquellas personas con doble nacionalidad.

d. Conflictos de nacionalidad

A través de la historia, el estudio de la nacionalidad presenta diversos conflictos, los cuales surgen por la diversa regulación de los derechos positivos en este aspecto. Los casos donde la nacionalidad es múltiple o donde es inexistente, son conocidos como “conflictos de nacionalidad”. Estos conflictos se agrupan en dos clases. Positivos y Negativos.

Los conflictos de nacionalidad son uno de los objetivos de resolución del Derecho internacional privado, Se presentan por la opción legislativa elegida por cada país. En América Latina los conflictos de nacionalidad se encuentran resueltos por el Código de Derecho Internacional Privado, conocido como *Código de Bustamante* por su autor, el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante, para los países que los suscribieron en 1928, para aquellos países que no lo han suscrito tiene solo valor de Principios de Derecho Internacional (Estados Unidos, México y Colombia, Argentina, Uruguay y Paraguay).

1.2.5.4 CONFLICTOS DE NACIONALIDAD

1.2.5.4.1 Clases

Los conflictos pueden ser:

Sobre la persona:

- Positivos: una misma persona tiene varias nacionalidades. (4.2.1.)

- Negativos: una persona es despojada de su nacionalidad o rechazada en su pretensión de adquirir otra; es particularmente el caso de los apátridas. (4.2.2.)

Sobre los criterios jurídicos adoptados por cada Estado:

- Ius sanguinis;
- Ius soli.

1.2.5.4.2 Sobre la persona

1.2.5.4.2.1 Positivos

Cuando una misma persona tiene dos o más nacionalidades, como consecuencia de la aplicación de distintos sistemas para otorgar la nacionalidad, por los diversos regímenes de soberanía, es lo que conocemos como conflictos positivos. Las personas que se encuentran en esta situación son llamados “sujetos mixtos”, al respecto muchos tratadistas sostienen que la multiplicidad de nacionalidad brinda más beneficios al individuo, ya que éste obtiene mayor protección, al mismo tiempo que el Estado se beneficia al cobrar impuestos a los que residan fuera y no causan gastos, más para otros, los perjuicios que este ocasiona son mayores, dado que si un Estado puede exigir a sus ciudadanos, hasta el sacrificio de sus vidas, sería absurdo que dos Estados exigieran a una persona la misma obligación al mismo tiempo, así también, si un individuo en su condición de ciudadano puede exigir al Estado la protección de sus derechos, es absurdo que éste exija a la vez la protección de sus derechos a dos o más Estados.

1.2.5.4.2.2 Negativos

Son aquellos que se dan cuando una persona no es considerada como nacional por ningún Estado, conforme a su legislación. Estos individuos son llamados “apátridas”. Hay quienes sostienen que la ausencia de nacionalidad no ocasiona más que beneficios, tanto para el individuo

como para el Estado, ya que, el ciudadano se ve libre de las obligaciones provenientes de la nacionalidad y a su vez, el estado, de la preocupación de legislar al respecto, sin embargo, para otros, los perjuicios que la apátrida puede ocasionar son peores, en el sentido de que el apátrida se encuentra privado de la protección de sus derechos.

1.2.5.4.3 Origen

La coexistencia en el terreno internacional de los principios del Jus Soli y del Jus Sanguinis y sus correspondientes aplicaciones prácticas, la coexistencia posible y parcial de ambos principios aún dentro de los límites territoriales de un solo país, la existencia de numerosas circunstancias que permiten la adquisición de otra nacionalidad, la existencia de legislaciones que no permiten la renuncia de su nacionalidad, así como las renunciaciones de nacionalidad hechas por aquellas personas que desean adquirir otra, pero que no lo hacen ante los funcionarios competentes para ello o de la manera establecida por la ley, y la concesión de la doble nacionalidad, expresamente por muchas legislaciones, plantean con gran frecuencia casos de personas que poseen simultáneamente dos o más nacionalidades, adquiridas en el momento del nacimiento o durante el transcurso de su vida.

1.2.5.4.4 Resolución de conflictos

Para resolver estos conflictos, se apela a diferentes sistemas:

- Aplicación del mismo sistema a nacionales y extranjeros.
- Acuerdos de principios de reciprocidad.
- Aplicar medidas para atribución de nacionalidad; y
- Evitar imponer nacionalidad sin renuncia previa de la anterior.

Para la resolución de conflictos, el Código de Bustamante distingue:

- *Si la nacionalidad del Estado juzgador es una de las nacionalidades en conflicto:*

El juez debe aplicar la *lex fori* (su ley).

- *Si la nacionalidad del Estado juzgador no es una de las nacionalidades en conflicto:*

Debe distinguirse entre la persona natural y la persona jurídica:

- *Si se tratare de una Persona natural:* se distinguirá según la naturaleza del conflicto de nacionalidad:
 - *Nacionalidad Perdida:* El juez debe aplicar la ley del Estado de la nacionalidad que se presume perdida.
 - *Nacionalidad Recuperada:* El juez debe aplicar la ley del Estado de la nacionalidad que se presume recuperada.
 - *Nacionalidad Adquirida:* El juez debe aplicar la ley del Estado de la nacionalidad que se presume adquirida.
 - *Nacionalidad de Origen:* Se distinguirá, entre:
 - si la persona está domiciliada en un Estado cuya nacionalidad está en controversia: Se aplican las normas de nacionalidad del domicilio de la persona.
 - si la persona está domiciliada en un Estado cuya nacionalidad no está en controversia: Se aplican los principios fundadores de las normas de nacionalidad del Estado juzgador.
- *Si se tratare de una Persona jurídica:* Se distinguirá, si se trata de personas jurídicas de derecho privado con o sin fines de lucro.
 - *Sin fines de lucro:* se subdistinguirá, entre:
 - Corporaciones y Fundaciones: que tienen la nacionalidad del Estado que las autoriza o crea.
 - Asociaciones: que tienen la nacionalidad del Estado que las autoriza.
 - *Con fines de lucro:* (Sociedades) Tienen la nacionalidad establecida en su escritura de constitución, subsidiariamente, en el lugar donde funciona su gerencia general o casa matriz.

1.2.5.4.5 Instrumentos jurídicos reguladores

Se condena en muchos casos la multinacionalidad, por que a través de ella surgen una serie de conflictos a los cuales el derecho ha venido buscando soluciones, sobretodo, mediante la creación de diversos instrumentos jurídicos reguladores.

Entre estos instrumentos podemos mencionar:

d.5.1. Los Tratados.

Aunque las soluciones que de ellos surgen son muy importantes, son insuficientes para las necesidades internacionales, debido a los diversos intereses de los países contratantes.

d.5.2. Los Tribunales.

Si bien existen para regular conflictos internos, no se ha creado un Tribunal o un Sistema jurídico aprobado por la comunidad internacional, que proponga concretamente soluciones a tales problemas.

d.5.3. Congresos.

Su finalidad no pretende ser a corto plazo un espacio de unificación o estandarización del derecho, sino al menos, encontrar puntos de concordancia. Al respecto se han realizado importantes Congresos que han producido valiosos aportes en términos de reglas o disposiciones para regular la situación de la doble o múltiple nacionalidad a nivel internacional.

Mencionamos tres entre ellos, que estimamos los principales:

d.5.3.1. El Congreso de Panamá de 1826.

En este Congreso se suscribió el Tratado de Unión, Liga y Confederación perpetua, la Convención de Contingentes y se elaboró un documento muy importante sobre ciudadanía continental y esclavitud, constituyendo un paso avanzado con relación a la época, cuando el derecho internacional sólo reconocía subjetivamente a los Estados, relegando al individuo a la jurisdicción interna. Los artículos 23 y 24 del Tratado

consagran el principio, de que el individuo nacido en el continente tiene derecho al reconocimiento de la ciudadanía en cualquiera de sus repúblicas, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos. Tal principio ha sido tomado en cuenta por la mayoría de las constituciones iberoamericanas, lo que significa que el americano tiene una patria común, que es el Continente, pudiendo escoger con entera libertad el país de su residencia.

El artículo 23 del mencionado Tratado dice: “ Los ciudadanos de cada una de las partes contratantes gozarán de los derechos y prerrogativas de ciudadanos de la república en que residen, desde que, manifestando su deseo de adquirir esta calidad ante las autoridades competentes, conforme a la ley de cada una de las potencias aliadas, presente juramento de fidelidad a la Constitución del país que adopten, y como tales ciudadanos podrán obtener todos los empleos y distinciones a que tienen derecho los demás ciudadanos, exceptuando siempre aquellos que las leyes fundamentales reservan a los naturales y sujetándose para la opción de los demás, al tiempo de residencia y requisitos que exijan las leyes particulares de cada potencia”.

Artículo 24: “Si un ciudadano o ciudadanos de una república aliada prefiriesen permanecer en el territorio de otra conservando siempre el carácter de ciudadano del país de su nacimiento o de su adopción, dicho ciudadano o ciudadanos gozarán igualmente en cualquier territorio de las partes contratantes en que residan de todos los derechos y prerrogativas de naturales del país en cuanto se refiere a la administración de justicia y a la protección correspondiente a sus personas, bienes y propiedades, y por consiguiente, no les será prohibido bajo pretexto alguno el ejercicio de su profesión u ocupación ni el disponer entre vivos o por última voluntad de sus bienes, muebles o inmuebles, como mejor les parezca, sujetándose en todo caso a las cargas y leyes a que lo estuvieren los naturales del territorio en que se hallaren”. El principio de la ciudadanía continental afirmado en el Congreso de Panamá, fue reafirmado con el Tratado de Washington de 1856, en que se plasmó: “Los ciudadanos de todas las repúblicas aliadas que lo pretendieren, serán considerados, en cada una de ellas, como ciudadanos en el goce de los derechos y con las limitaciones que establecen las constituciones respectivas.

d.5.3.2. Congreso de La Haya

En el Congreso de La Haya, bajo el control de la extinta Sociedad de Naciones, en 1930 se reunió una Conferencia en la que aprobó una Convención relacionada con los conflictos de leyes sobre nacionalidad y en la cual se determinó:

- a) En caso de doble nacionalidad cada Estado tiene competencia sobre el individuo titular de las dos nacionalidades.
- b) Un Estado no puede ejercer su protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, en contra de un Estado donde aquel también es nacional.
- c) Todo individuo que posea dos nacionalidades, si se manifiesta éste su conformidad al hecho de la doble nacionalidad, en cuanto a la forma de adquirirla, podrá renunciar a una de ellas con la autorización del Estado donde quiere renunciarla. Esta autorización no será rechazada al individuo que tenga su residencia habitual fuera de ese Estado". En la misma Conferencia sobre la codificación del Derecho Internacional; se acordó un Protocolo respecto a las Obligaciones Militares en ciertos casos de Doble Nacionalidad, del cual citamos los siguientes artículos: Artículo 1.) Una persona que tenga dos o más nacionalidades que habitualmente reside en uno de los países cuya nacionalidad posee, y que, en realidad tiene más conexiones con dicho país, estará exento de obligaciones militares en el otro u otros países. Esta exención puede acarrear la pérdida de nacionalidad en el país o en los países restantes". Artículo 2.) "Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 1 del presente protocolo, si una persona tiene la nacionalidad de dos o más Estados, y, conforme a la ley de cualquiera de ellos, tiene el derecho, al llegar a la mayoría de edad, de renunciar o declinar la nacionalidad de dicho Estado, estará exento del servicio militar en aquel Estado durante su minoría de edad".

d.5.3.3. El Primer Congreso Hispano-Luso-Americano

El Congreso Hispano-Luso-Americano realizado en Madrid en 1951, aprobó las siguientes conclusiones sobre la Doble Nacionalidad: "El

Congreso, teniendo en cuenta que las naciones hispano-luso-americanas forman una comunidad bien caracterizada por el idéntico origen de sus tradiciones y cultura y por la coincidencia de sus intereses y aspiraciones, recomienda:

- 1º.) Que como modo de expresión tangible de la pertenencia a esa comunidad, cada uno de los Estados que la integran reconozcan a los nacionales de los otros una condición jurídica especial que tienda a una creciente equiparación con los suyos propios”.
- 2º.) Que para el logro de este propósito y sin perjuicio de las iniciativas que puedan surgir en la legislación interna de cada Estado, se adopte preferentemente la vía convencional.
- 3º.) Que el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, centralizando por los medios de información que estime convenientes, los proyectos, leyes o tratados existentes sobre esta materia en cada uno de los estados de la comunidad, prepare un proyecto de ley uniforme, el cual, una vez aprobado por el próximo Congreso, sería recomendado a los respectivos gobiernos como modelo susceptible de adoptarse en un Convenio plurilateral o bien en convenciones bilaterales.

1.2.5.5 RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD EN EL PERÚ

1.2.5.5.1. Legislación nacional

En ausencia de una ley internacional sobre la materia, de acuerdos precisos en los Congresos celebrados y de Tratados, en torno al derecho a la nacionalidad, doble o múltiple, ha sido el órgano legislativo de Perú quien decidió regular los vacíos jurídicos presentes en las instituciones arriba mencionadas, promulgando una ley de nacionalidad, tomando en consideración los avances y resultados obtenidos en los Congresos nacionales sobre normas y procedimientos aplicables a ese derecho, y con este sustento refrendar los Tratados de nacionalidad, dándole así una aplicación legal.

La competencia en materia de nacionalidad le corresponde al legislador interno, esto respetando los principios de derecho internacional. Cada país determinará lo referente a adquisición, pérdida y recuperación de su nacionalidad. Esa libertad del legislador interno obedece a la soberanía del Estado, cualquier sujeto estatal internacional, debe respetar dicha soberanía.

1.2.5.5.2 Objeto

La ley tiene por objeto regular los vínculos jurídicos, políticos y sociales concernientes a la nacionalidad peruana, de acuerdo con los preceptos de la Constitución Política y los Tratados celebrados por el Estado y en vigor. Según este alcance, los vínculos consensuales expresados en la definición internacional de la nacionalidad no solo son jurídicos y políticos sino también sociales. La ley enuncia su acuerdo con los preceptos de su Constitución Política y los Tratados vigentes celebrados por el Estado. La Ley se organiza primero en cuanto a varias fases, que pueden ser permanentes o modificables: adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad. El Reglamento instrumenta su aplicación y procedimientos, en cada caso.

1.2.5.5.3 Fases

Existen dos formas de adquisición de la nacionalidad: la primera, cuando se disfruta de una sola nacionalidad, la segunda, si se tiene más de una.

1.2.5.5.3.1 Adquisición

1.2.5.5.3.1.1 Una sola nacionalidad

La ley recoge el principio internacional que toda persona tiene derecho a una nacionalidad. Teóricamente no deben existir individuos sin

nacionalidad, los individuos deben pertenecer a un Estado. Sin embargo, se tiene el caso de los apátridas, los vagabundos, los desposeídos de nacionalidad por voluntad o por pena, los que han perdido la nacionalidad sin adquirir otra. Entre estos apátridas hay quienes jamás han poseído una nacionalidad, y los que la han tenido, pero la han perdido.

Frente a lo anterior se propone dos sistemas:

- Sistema curativo:
Directo, cuando el Estado atribuye de oficio su nacionalidad a los apátridas residentes en su territorio.
Indirecto, se les impone sólo el servicio militar en el país de residencia.
- Sistema preventivo: Cuando se le otorga al apátrida por cambio de nacionalidad, no se pierde la nacionalidad originaria, sin antes adquirir una nueva.

Puede adquirirse una sola nacionalidad por nacimiento, naturalización y por opción.

1.2.5.5.3.1.1.1 Por nacimiento

De acuerdo a la Constitución vigente y a la Ley de Nacionalidad, Ley N° 26574 del 11 de enero de 1996 y su Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997, tienen derecho a la nacionalidad peruana por nacimiento:

1. Las personas nacidas en el territorio de la República.
2. Los menores de edad en estado de abandono, que residen en el territorio de la República, hijos de padres desconocidos.
3. Las personas nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, que sean inscritos durante su minoría de edad en el respectivo Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú. El derecho otorgado en el numeral 3 es reconocido sólo a los descendientes hasta la tercera generación. (Artículo 2o.- Ley No. 26574)

Para proceder a la inscripción en el Registro de Hijos de Peruanos Nacidos en el Extranjero de la Dirección General de Migraciones y Naturalización, el padre o madre peruanos deben cumplir con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignan los datos generales del recurrente, solicitando la inscripción.
- b. Solicitud del padre o madre peruanos adjuntando:
 1. Partida de nacimiento (original) del menor legalizada por el Cónsul de la jurisdicción del lugar de nacimiento, y refrendada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. De encontrarse asentada la partida en idioma extranjero, deberá ser traducida al idioma castellano por traductor oficial de dicho Ministerio.
 2. Partida de nacimiento (o de bautizo, si nacieron antes del 14 de noviembre de 1936).
 3. Copia de la Libreta Electoral del padre o madre peruanos que solicita la inscripción.
 4. Tarjeta de embarque/desembarque con la que acredita el ingreso del menor al territorio peruano. Si el menor ingresó pre-munido de salvoconducto peruano o agregado al pasaporte del padre o de la madre peruanos, deberá presentar copia de los mismos (del salvoconducto o del pasaporte); si no lo tuviera solicitará el duplicado en la Dirección de Control Migratorio de la DIGEMIN, el que estará autenticado por el Fedatario de la DIGEMIN; caso contrario, presentará el certificado de movimiento migratorio expedido por la DIGEMIN.
 5. Dos (2) hojas de filiación, autenticadas por el Jefe correspondiente, si el trámite se inicia en las Jefaturas de Migraciones en el interior de la República o a través de los Consulados Peruanos en el exterior, consignando en ellas los datos del menor, nacionalidad de ambos padres y la firma del padre o madre peruanos.
 6. Cuatro (4) fotografías de frente, tamaño pasaporte, a color, con fondo blanco.

7. Recibo de pago por Derecho de Inscripción por el monto ascendente al 1% de la UIT. (Artículo 5° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Para la inscripción en el Registro de Hijos de Peruanos Nacidos en el Extranjero se ceñirá el siguiente procedimiento:

- a. Revisión de la documentación y formulación del informe correspondiente por la Subdirección de Registro por Parentesco.
- b. Presentación del menor para la toma de su impresión digital y datos de filiación.
- c. Firma del padre o de la madre peruanos, que solicitan la inscripción.
- d. Autorización y firma del Registro tanto por el Director de Naturalización refrendado por el Director General de Migraciones y Naturalización.
- e. Desglose y entrega del Registro al interesado previa firma del cargo correspondiente. (Artículo 6° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para acceder a la inscripción en el Registro de hijos de peruanos nacidos en el extranjero en la Dirección General de Migraciones y Naturalización los menores no deben haber sido inscritos anteriormente en las Oficinas Consulares del Perú. (Artículo 7° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

1.2.5.5.3.1.1.2 *Por naturalización*

Son peruanos por naturalización:

1. Las personas extranjeras que expresan su voluntad de serlo y que cumplen con los siguientes requisitos:
 - a) Residir legalmente en el territorio de la República por lo menos dos años consecutivos.
 - b) Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial.

- c) Carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral.
2. Las personas extranjeras residentes en el territorio de la República a las que, por servicios distinguidos a la Nación peruana, a propuesta del Poder Ejecutivo, el Congreso de la República les confiere este honor mediante Resolución Legislativa. (Artículo 3o.- Ley No. 26574)

El Reglamento incluye una condición suplementaria: 1. Ser mayor de 18 años de edad y gozar de plena capacidad civil. (Artículo 8° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para el otorgamiento de la Nacionalidad Peruana por Naturalización, los ciudadanos extranjeros deben cumplir con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignarán los datos generales del interesado, solicitando la nacionalidad por naturalización (Formulario N° 02-DIGEMIN).
- b. Solicitud escrita de puño y letra, dirigida al señor Presidente de la República, con indicación expresa de las razones por las cuales el recurrente desea adquirir la nacionalidad peruana.
- c. Partida de nacimiento (original) legalizada por el Cónsul Peruano o por la representación consular de su país de origen acreditada en el Perú y autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- d. Fotocopia del Carné de Extranjería.
- e. Certificado de Movimiento Migratorio expedido por la DIGEMIN que acredite tener dos años de residencia real en el Perú.
- f. Fotocopia legalizada notarialmente del pasaporte del solicitante.
- g. Declaración Jurada del estado de salud, de domicilio y de no poseer antecedentes penales, policiales ni judiciales, legalizados notarialmente.

- h. Certificado de trabajo con firma del empleador, legalizado notarialmente y visado por la autoridad administrativa de trabajo. En caso de ser propietario o socio de una empresa deberá presentar el Testimonio de Constitución debidamente inscrito en la Oficina Nacional de Registros Públicos, acreditado con la respectiva ficha de inscripción expedida por dicha Oficina, así como también, copia de la Licencia Municipal de Funcionamiento, legalizada notarialmente. En caso de ejercer independientemente una profesión u oficio, copia del último pago de impuestos a la SUNAT donde conste el número de RUC y copia legalizada notarialmente de la última Declaración Jurada de impuestos, en caso de ser religioso deberá presentar una constancia del Arzobispado legalizado por la Curia Arzobispal.
- i) Cuatro fotografías de frente, tamaño pasaporte, a color, con fondo blanco.

(Artículo 9° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para el otorgamiento de la Nacionalidad peruana por Naturalización se seguirá el siguiente procedimiento:

- a. Presentación de la solicitud acompañada de los documentos establecidos en el Art. 9° del presente Reglamento. En Lima en la Mesa de Partes de la Dirección General de Migraciones y Naturalización; y, en provincias en la Jefatura de Migraciones respectiva. El trámite es únicamente personal.
- b. El Subdirector de Naturalización, revisará la documentación y de encontrarse conforme citará al peticionario para el último viernes de cada mes, a fin de que sea examinado por la Comisión de Evaluación.
- c. La Comisión de Evaluación luego de examinar al interesado levantará el Acta conteniendo el Resultado cuya copia se insertará al expediente derivándose a la Subdirección de Naturalización para la formulación del Proyecto de Resolución Suprema respectivo. La Asesoría Legal de la DIGEMIN emitirá el Dictamen pertinente.

- d. Visado el Proyecto de la Resolución Suprema por el Subdirector de Naturalización y firmado por el Director de Naturalización y el Director General de Migraciones y Naturalización, será elevado al señor Ministro del Interior para su aprobación, previa opinión de la OGAJ-MIN, firma y posterior presentación al señor Presidente de la República para su consideración y rúbrica.
- e. Expedida la Resolución Suprema, la Dirección General de Migraciones y Naturalización procederá a la formulación del Título de Naturalización, citando al interesado para su firma en impresión digital en el libro y Título respectivo, así como, para que entregue el testimonio original de escritura pública en la que renuncia a su nacionalidad de origen, adjuntando el recibo de pago de Expedición del Título por el monto ascendente al 5% de la UIT.
- f. Firmado el Título lo presentará al señor Ministro para su firma y posfirma, devolviéndolo a la DIGEMIN, donde se citará al recurrente para su entrega en una Ceremonia Especial de juramentación de Obtención de la Nacionalidad Peruana, disponiéndose la cancelación del carné de extranjería y residencia, que debe estar al día en los pagos de impuestos como extranjero del nuevo (ciudadano) peruano. (Artículo 10° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

1.2.5.5.3.1.1.3. *Por opción*

Tienen derecho a la nacionalidad peruana por opción:

1. Las personas nacidas fuera del territorio de la República, hijos de padres extranjeros, que residen en el Perú desde los cinco años y que al momento de alcanzar la mayoría de edad, según las leyes peruanas, manifiestan su voluntad de serlo ante la autoridad competente.
2. La persona extranjera unida en matrimonio con peruano o peruana y residente, en esta condición, en el territorio de la República por lo menos dos años, que exprese su voluntad de serlo ante la autoridad competente. El cónyuge naturalizado por matrimonio

no pierde la nacionalidad peruana en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge.

3. Las personas nacidas en el territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos, que a partir de su mayoría de edad, manifiestan su voluntad de serlo ante autoridad competente. (Artículo 4o.- Ley No. 26574).

La naturalización o la opción confieren los derechos e impone las obligaciones inherentes a la nacionalidad (Artículo 5o.- Ley No. 26574) La naturalización es aprobada o cancelada, según corresponda, mediante Resolución Suprema. (Artículo 6o.- Ley No. 26574).

Pueden ejercer el derecho de opción para adquirir la nacionalidad peruana:

- a. Las personas nacidas fuera del territorio de la República, hijos de padres extranjeros, que residen en el Perú desde los cinco años de edad, que al momento de alcanzar la mayoría de edad, según las leyes vigentes manifiesten su voluntad de ser peruanos ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER.
- b. La persona extranjera unida en matrimonio con peruano o peruana y residente, en esta condición, en el Territorio de la República por lo menos dos (2) años, que expresa su voluntad de serlo ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER.

La persona naturalizada por matrimonio no pierde la nacionalidad peruana en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge.

- c. Los hijos de padre o madre peruanos nacidos en el extranjero que al llegar a su mayoría de edad, manifiesten su voluntad de ser peruanos ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER. (Artículo 16° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997) .

Para adquirir la Nacionalidad Peruana ejerciendo el derecho de opción a que se refiere el inc. 1) del Art. 15° precedente, deberá cumplir con los requisitos:

- a. Ser mayor de 18 años de edad y gozar de plena capacidad civil.

- b. Tener residencia real y legal en el Perú desde los cinco años de edad.
- c. Declaración expresa para adquirir la nacionalidad peruana. (Artículo 17° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para los efectos del otorgamiento de la Nacionalidad indicada debe cumplirse con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignen los datos generales del interesado, solicitando la Nacionalidad Peruana (Formulario N° 002-DIGEMIN).
- b. Solicitud dirigida al señor Director General de Migraciones y Naturalización, con indicación expresa de las razones por las cuales el recurrente desea adquirir la Nacionalidad Peruana.
- c. Partida de Nacimiento legalizada por el Cónsul Peruano o por la representación Consular de su país de origen acreditada en el Perú y autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores
- d. Fotocopia del Carné de Extranjería, acreditando residir en el Perú desde los cinco años hasta alcanzar la mayoría de edad, legalizado notarialmente.
- e. Movimiento migratorio.
- f. Fotocopia legalizada notarialmente del pasaporte del solicitante.
- g. Declaración Jurada del estado de salud, certificado de domicilio y de no registrar antecedentes penales, judiciales, ni policiales (legalizado notarialmente).
- h. Certificado de Trabajo con firma del empleador legalizado notarialmente. En caso de ser propietario o socio de una empresa, presentar el Testimonio de Constitución debidamente inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos acreditado con la respectiva ficha de inscripción expedida por dicha entidad, así como también copia de la Licencia Municipal de Funcionamiento legalizada notarialmente. En caso de ejercer independientemente una profesión u oficio, acreditar copia del último pago de impuestos a la SUNAT donde conste el número

de RUC y copia legalizada notarialmente de la última Declaración Jurada de impuestos. En caso de ser estudiante, adjuntará la constancia de estudios debidamente acreditada por la autoridad correspondiente del Centro de Estudios.

- i. Cuatro fotografías de frente, a colores, con fondo blanco, tamaño pasaporte. (Artículo 18° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Cumplida la presentación de los documentos indicados anteriormente se seguirá el siguiente procedimiento:

- a. El trámite es únicamente personal. En Lima se inicia en la Mesa de Partes de la DIGEMIN con la presentación de la solicitud y demás documentos indicados en el Artículo 17° del presente Reglamento; y, en provincias, con la presentación de los mismos en la respectiva dependencia desconcentrada de la DIGEMIN.
- b. Presentado el expediente el interesado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, deberá completar la documentación faltante; en caso de requerirse la subsanación de alguna deficiencia encontrada, deberá regularizarla dentro de los ocho (8) días útiles siguientes.
- c. El Subdirector de Naturalización, luego de la revisión del expediente, formulará el informe respectivo. De ser procedente se citará al peticionario para la impresión digital y firma en el Registro de Hijos de Extranjeros que residen en el Perú desde los cinco años.
- d. Una vez autorizada la inscripción y firmado el Registro de Hijos de Extranjeros que residen en el Perú desde los cinco años, por el Director de Naturalización como por el Director General de Migraciones y Naturalización, se desglosará y entregará dicho registro al interesado, firmando el cargo correspondiente, disponiéndose se cancele la residencia como extranjero. (Artículo 19° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Para adquirir la Nacionalidad Peruana por matrimonio ejerciendo el derecho de opción, en el caso de peruana extranjera unida en matrimonio con peruano con peruana y residente, esta condición, con permanencia en el territorio de la República por lo menos dos (2) años, que expresa su voluntad de serlo ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER; es necesario que cumplan los siguientes requisitos:

- a. Estar residiendo en el país un mínimo de dos años en condición de casado (a) con peruano(a).
- b. Declaración expresa de la voluntad de adquirir la nacionalidad peruana.
- c. Carecer de antecedentes penales, judiciales, tener buena conducta y solvencia moral.
- d. No tener enfermedades infecto contagiosas, y estar en pleno uso de sus facultades mentales. (Artículo 20° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Para los efectos del otorgamiento de la Nacionalidad por Matrimonio; debe cumplir con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignan los datos generales del interesado solicitando la nacionalidad por ser casado con peruano o peruana (Formulario N° 002- DIGEMIN).
- b. Solicitud escrita dirigida al Sr. Director General de Migraciones y Naturalización, si es de sexo femenino debe consignar los apellidos completos agregando el apellido del cónyuge.
- c. Partida de Matrimonio Civil legalizada y su respectiva copia, acreditando dos (2) años de matrimonio. Si el matrimonio fue celebrado en el extranjero presentará la partida y la constancia de haber sido inscrita en la oficina consular respectiva, legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Si el matrimonio celebrado en el extranjero no fue inscrito en las oficinas consulares de la jurisdicción, dicho acto deberá ser inscrito dentro de los noventa (90) días de su llegada al país en los registros de la municipalidad del lugar donde ha fijado domici-

- lio, debiendo presentar la partida respectiva; vencido este plazo, deberá hacerlo por la vía judicial.
- d. Copia fotostática legalizada del Carné de Extranjería, acreditando los 2 años de residencia.
 - e. Partida de Nacimiento legalizada y su respectiva copia, del cónyuge peruano. En el caso que el cónyuge peruano (a) sea naturalizado (a), deberá presentar copia de carta de naturalización legalizada por el Director de Naturalización de la DIGEMIN.
 - f. Fotocopia legalizada de la Libreta Electoral del cónyuge peruano.
 - g. Declaración Jurada del estado de salud, de domicilio, de no poseer antecedentes penales, policiales ni judiciales.
 - h. Cuatro fotografías, a colores, de frente, con fondo blanco, tamaño pasaporte.
 - i. Recibo de pago por Derecho de Inscripción por el monto ascendente al 1% de la UIT. (Artículo 21° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Cumplida la presentación de los documentos indicados en el artículo anterior se seguirá el siguiente procedimiento:

- a. El trámite es personal. En Lima se inicia en la mesa de partes de la DIGEMIN con la presentación de la solicitud y demás documentos; y, en provincias con la presentación de los mismos en la respectiva dependencia desconcentrada de la DIGEMIN.
- b. Presentado el expediente, el interesado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes deberá completar la documentación faltante; en caso de requerirse la subsanación de alguna deficiencia encontrada deberá regularizarla dentro de los ocho (8) días útiles siguientes.
- c. El Subdirector de Registro por Parentesco, luego de la revisión del expediente, formulará el informe respectivo. De ser precedente se citará al peticionario para la impresión digital y firma en el Registro de Peruanos por Matrimonio.

- d. Una vez autorizada la inscripción y firmado el Registro de Peruanos por Matrimonio tanto por el Director de Naturalización, como por el Director General de Migraciones y Naturalización, se desglosará y entregará registro al interesado, firmando el cargo correspondiente (Artículo 22° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

El cónyuge naturalizado por matrimonio no pierde la nacionalidad peruana en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge. (Artículo 23° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Hijos de Padre o Madre Peruano nacido en el Extranjero para adquirir la nacionalidad peruana ejerciendo el derecho de opción, en el caso de que a partir de su mayoría de edad, manifiesten su voluntad de serlo ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN- MININTER; es necesario que cumplan los siguientes requisitos:

- a. Ser mayor de 18 años de edad y gozar de plena capacidad civil.
- b. Tener residencia real en el Perú.
- c. Declaración expresa para adquirir la nacionalidad peruana. (Artículo 24° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

Para otorgar la nacionalidad peruana, a los hijos de padre o madre peruanos nacidos en territorio extranjero, que a partir de la mayoría de edad manifiestan su voluntad de serlo ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER, deben cumplir con la presentación de la siguiente documentación:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignen los datos generales del interesado, solicitando la nacionalidad por opción (Formulario N° 02-DIGEMIN).
- b. Solicitud, dirigida al señor Director General de Migraciones y Naturalización, con indicación expresa de las razones por las cuales desea adquirir la nacionalidad peruana.

- c. Partida de Nacimiento (original) legalizada por el Cónsul Peruano o por la representación consular de su país de origen acreditada en el Perú y autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores
- d. Fotocopia del Carné de Extranjería, acreditando tener domicilio legal y real en el Perú, legalizado notarialmente.
- e. Fotocopia legalizada notarialmente del pasaporte del solicitante.
- f. Declaración Jurada del estado de salud, de domicilio y de carecer de antecedentes penales, policiales y judiciales, legalizado notarialmente.
- g. Certificado de trabajo con firma del empleador, legalizado notarialmente (y visado por la autoridad administrativa de trabajo). En caso de ser propietario o socio de una empresa deberá presentar el Testimonio de Constitución debidamente inscrito en la Oficina Nacional de Registros Públicos, acreditado con la respectiva ficha de inscripción expedida por dicha Oficina, así como también, copia de la Licencia Municipal de Funcionamiento, legalizada notarialmente. En caso de ejercer independientemente una profesión u oficio, copia del último pago de impuestos a la SUNAT donde conste el número de RUC y copia legalizada notarialmente de la última Declaración Jurada de impuestos. En caso de ser estudiante adjuntar la constancia de estudios debidamente acreditada por la autoridad correspondiente.
- h. Cuatro fotografías de frente, tamaño pasaporte, a color, con fondo blanco. (Artículo 25° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Cumplida la presentación de los documentos a que se refiere el artículo precedente se ceñirá el siguiente procedimiento:

- a. El trámite es personal. En Lima se inicia en la mesa de partes de la DIGEMIN con la presentación de la solicitud y demás documentos indicados en el Artículo 24° del presente Reglamento; y, en provincias, con la presentación de los mismos en la respectiva dependencia desconcentrada de la DIGEMIN.

- b. Presentado el expediente el interesado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, deberá completar la documentación faltante; en caso de requerirse la subsanación de alguna deficiencia encontrada, deberá regularizarla dentro de los ocho (8) días útiles siguientes.
- c. El Subdirector de Naturalización, luego de la revisión del expediente, formulará el informe respectivo. De ser procedente se citará al peticionario para la impresión digital y firma en el Registro de Hijos de Padre o Madre peruanos nacidos en el extranjero que a partir de su mayoría de edad manifiesten su voluntad de serlo.
- d. Una vez autorizada la inscripción y firmado el Registro de Hijos de padre o madre peruanos nacidos en el extranjero cumplida su mayoría de edad manifiesten su voluntad de serlo, por el Director de Naturalización como por el Director General de Migraciones y Naturalización, se desglosará y entregará dicho registro al interesado, firmando el cargo correspondiente, disponiéndose se cancele la residencia como extranjero. (Artículo 26° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

1.2.5.5.3.1.2 Más de una nacionalidad

La ley solo contempla el caso de la doble nacionalidad, no el de la múltiple nacionalidad.

Doble Nacionalidad

Los peruanos de nacimiento que adoptan la nacionalidad de otro país, no pierden su nacionalidad, salvo que hagan renuncia expresa de ella ante autoridad competente. (Artículo 9o.- *Ley No. 26574*).

Las personas que gozan de doble nacionalidad, ejercitan los derechos y obligaciones de la nacionalidad del país donde domicilian. (Artículo 10o.- *Ley No. 26574*)

La doble nacionalidad no confiere a los extranjeros que se naturalicen, derechos privativos de los peruanos por nacimiento.

Los peruanos por nacimiento que gozan de doble nacionalidad, no pierden los derechos privativos que les concede la Constitución. (Artículo 11o.- *Ley No. 26574*).

1.2.5.5.3.2 Pérdida

La nacionalidad peruana se **pierde** por renuncia expresa ante autoridad competente. (Artículo 7o.- *Ley No. 26574*). Sin embargo, el Reglamento morigera este propósito para los peruanos menores de edad y los peruanos de nacimiento. De acuerdo a la ley de Nacionalidad, los padres, en uso de la patria potestad, no pueden renunciar a la nacionalidad de sus hijos menores de edad. Los peruanos de nacimiento que adopten la nacionalidad de otro país no pierden su nacionalidad, salvo que hagan renuncia expresa de ella ante autoridad competente. (Artículo 31° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

La nacionalidad peruana adquirida con arreglo el presente Reglamento se pierde por renuncia expresa ante la Dirección General de Migraciones y/o las Oficinas Consulares del Perú en el extranjero y por incurrir con las causales a que se refiere el Art. 12° del presente Reglamento. (Artículo 27° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Las personas que adopten la nacionalidad peruana pueden renunciar a ella, mientras residan en el territorio nacional ante la Dirección General de Migraciones y en caso de residir fuera del territorio nacional lo harán ante las Oficinas Consulares del Perú. (Artículo 11° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

La Naturalización será **cancelada** por las causales siguientes:

- a. Por delitos contra el Estado y la Defensa Nacional.
- b. Por delitos contra la Seguridad Pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas.
- c. Por delitos de terrorismo y traición a la Patria, previstos en los Decretos Leyes N°s. 25475, 25659 y sus modificatorias.

- d. Por cometer actos que pudieran afectar la Seguridad Nacional y el interés del Estado, previo informe de los organismos competentes.
- e. Por haber obtenido indebidamente la Naturalización, transgrediendo normas establecidas como requisitos para concederla.
- f. Por afectarlas relaciones internacionales del Perú con otros Estados u Organismos Internacionales.
- h. Por razones que afecten el interés público y el interés nacional. (Artículo 12° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

La cancelación de la Naturalización a que se contrae el artículo precedente, será tramitada de oficio o a petición de parte por la Dirección General de Migraciones y Naturalización del Ministerio del Interior. (Artículo 13° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Toda persona extranjera que desee adquirir la Nacionalidad Peruana por Naturalización deberá presentar su renuncia a la Nacionalidad de Origen por instrumento público. (Artículo 14° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

El Presidente de la República está facultado a conceder, denegar o cancelar la naturalización sin expresión de causa, cuando así lo exija la seguridad nacional. (Artículo 15° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997).

1.2.5.5.3.3. Recuperación

Los peruanos por nacimiento que han renunciado expresamente a la nacionalidad peruana, tienen el derecho de recuperarla, si cumplen con los siguientes requisitos:

1. Establecer su domicilio en el territorio de la República, por lo menos un año ininterrumpido.
2. Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana.

3. Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; o acreditar la próxima realización de estas actividades.
4. Tener buena conducta y solvencia moral.

La autoridad competente evalúa, a solicitud expresa del interesado, el cumplimiento de los requisitos señalados en los numerales 1 y 3, a fin de facilitar el ejercicio de este derecho. (Artículo 8o.- *Ley No. 26574*).

Los peruanos por nacimiento que hayan renunciado expresamente a la nacionalidad peruana, tienen derecho a recuperarla, si cumplen con los siguientes requisitos:

- a. Acreditar domicilio en el Territorio de la República, por lo menos un año ininterrumpido.
- b. Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana.
- c. Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; o acreditar la próxima realización de estas actividades.
- d. Editar buena conducta y solvencia moral.

(Artículo 28° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Para el efecto de dicha recuperación de nacionalidad se presentan los siguientes documentos:

- a. Formulario debidamente llenado donde se consignen los datos generales del solicitante y el pedido de recuperación de la nacionalidad peruana (Formulario N° 002-DIGEMIN).
- b. Solicitud escrita de puño y letra dirigida al señor Ministro, con indicación expresa de las razones por las cuales desea recuperar la nacionalidad peruana.
- c. Título original de naturalización adquirido debidamente, legalizada por el Cónsul o por la representación consular del país donde se naturalizó y autenticado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- d. Partida de nacimiento de los padres o de bautismo si nacieron antes del 14. Nov. 36.

- e. Fotocopia del Carné de Extranjería, acreditando tener como mínimo un año ininterrumpido de domicilio real y legal en el Perú, legalizado notarialmente.
- f. Fotocopia legalizada notarialmente del pasaporte del solicitante.
- g. Declaración Jurada, del estado de salud, de domicilio y de no poseer antecedentes penales, policiales ni judiciales.
- h. Certificado de trabajo con la firma del empleador legalizado notarialmente y contrato de trabajo visado por la autoridad administrativa de trabajo. En caso de ser propietario o socio de una empresa deberá presentar el testimonio de constitución debidamente inscrito en la Oficina de Naturalización de Registros Públicos, acreditando ello con la respectiva ficha de inscripción expedida por dicha oficina, así como también copia de la Licencia Municipal de Funcionamiento legalizada notarialmente. En caso de ejercer independientemente una profesión u oficio, copia del último pago de impuestos a la SUNAT donde conste el número de RUC y copia legalizada notarialmente de la última Declaración Jurada de Impuestos.
- i) Cuatro fotografías a colores, de frente, con fondo blanco, tamaño pasaporte. (Artículo 29° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

Cumplida la presentación de la documentación a la que se refiere el artículo anterior, se continuará con el siguiente procedimiento:

- a. El trámite es únicamente personal. En Lima se inicia en la mesa de partes de la DIGEMIN con la presentación de la solicitud y demás documentos; y, en provincias, con la presentación de los mismos en la respectiva dependencia desconcentrada de la DIGEMIN.
- b. Presentado el expediente el interesado dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes deberá completar la documentación faltante; en caso de requerirse la subsanación de alguna deficiencia encontrada deberá regularizarla dentro de los ocho (8) días útiles siguientes.

- c. Si la petición le es favorable deberá efectuar ante el Banco de la Nación el pago por derecho a la recuperación de la Nacionalidad; así mismo acreditar que se encuentra al día en el pago de sus impuestos y entregar su carné de extranjería vigente.
- d. El Subdirector de Naturalización revisa el Expediente. De encontrarlo conforme, formula el Informe y el Proyecto de Resolución Ministerial correspondiente, todo lo cual es remitido a la Asesoría Legal para que emita su Dictamen.
- e. Visado y firmado el Proyecto de Resolución Ministerial por el Subdirector de Naturalización, y el Director General de Migraciones y Naturalización y se remitirá el expediente a la Oficina General de Asesoría Jurídica del MIN, para informe y visación, el cual una vez devuelto será presentado al señor Ministro del Interior para su consideración y firma.
- f. Expedida la Resolución Ministerial será devuelta a la DIGEMIN para que se disponga la formulación del título de recuperación de la nacionalidad, citándose posteriormente al interesado para la firma e impresión digital en el libro y título respectivos y extenderle el recibo de pago al Banco de la Nación por la Expedición del Título por el monto ascendente al 5% de la UIT; procediéndose a la firma del título por parte del Subdirector de Naturalización, Director de Naturalización y del Director General de Migraciones de Naturalización y Migraciones.
- g. Firmado el título se presentará al señor Ministro del Interior para su aprobación y firma devolviéndolo a la DIGEMIN donde se citará al recurrente para su entrega, disponiéndose se deje sin efecto la carta de extranjería así como la cancelación de residencia como extranjero. (Artículo 30° Reglamento Decreto Supremo N° 004-97-IN del 25 de julio de 1997)

1.2.6 Actos de estado civil

Por oposición al estado político del ciudadano, constituido por la nacionalidad, y por el goce o no de sus derechos, los actos de estado civil comprenden tanto:

el **a. servicio público** que tiene a su cargo estas funciones,

los **b. propios actos** como

los **c. procesos** que de ellos se derivan. Estos actos tienen por objeto contribuir **a regular y asegurar** la identidad e individualización de las personas físicas.

1.2.6.1 EN SERVICIO PÚBLICO DE ESTADO CIVIL

El derecho administrativo es un derecho original, a doble título. Es en primer lugar, un derecho pretoriano; aunque hoy, las fuentes escritas de este derecho, y, en particular, legislativas, son cada vez más importantes. Segundo, es un derecho autónomo, que ha ido afirmándose cada vez más contra el derecho privado. Hoy esta autonomía es relativa.

El derecho administrativo se organiza, así, sobre la base de dos principios rectores: primero, **el principio de juridicidad**, segundo, **el principio de misión de la administración**.

1.2.6.1.1 Principio de juridicidad

En el **principio de juridicidad** se encuentran presentes dos elementos. El principio relativo a las *fuentes de la juridicidad* propone un primer aspecto. Estas se encuentran formadas por fuentes de rango constitucional, que incluyen no solo la Constitución sino también otras normas de naturaleza constitucional, como Tratados internacionales, los mismos que plantean numerosos problemas jurídicos, y por las normas interregionales vinculantes en un espacio geográfico o funcional dado. Además de las leyes, las fuentes también incluyen la jurisprudencia administrativa.

El principio de juridicidad, consagra un segundo aspecto referido a las *atenuaciones*, de una parte, por una categoría particular de actos llamados *actos de Gobierno* y de otra, por la *teoría de las circunstancias excepcionales*. Ambas permiten de moderar la aplicación de éste principio.

1.2.6.1.2 Principio de misión de la administración

El segundo principio rector del derecho administrativo, se refiere a las **misiones de la administración**.

Primero, define el concepto de servicio público y particularmente los *servicios públicos de estado civil*, que ocupan un lugar central en derecho administrativo. La finalidad es presentar las normas fundamentales de derecho específico aplicables a las autoridades administrativas.

Segundo, analiza los principios de la oferta de la administración al derecho, particularmente, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, del principio de legalidad o del principio de responsabilidad.

Finalmente, estudia la acción administrativa a través de los actos de la administración (actos unilaterales y contratos) y las actividades de la administración (servicio público y policía administrativa)

Entre las actividades de la administración, el servicio público es una actividad considerada de *interés general*. Este concepto recurre a una valoración que puede ampliarse o reducirse discrecionalmente; ella no permite dar una definición perfecta ni objetiva del servicio público. Definir el interés general significaría teóricamente, la propuesta o la adhesión de la Nación a un determinado proyecto social, a una estrategia de desarrollo, ejecutado por un gobierno y en un contexto determinado. Realmente, servicio público, significa lo que el poder público define políticamente como tal, con el objeto de aplicarle normas específicas, o de integrarlo directamente en el sector público

Las actividades de un servicio público se someten, en algunos puntos, a un régimen jurídico específico. Lo que supone distinguir entre servicio público y sector público, definiendo las funciones y competencias de una colectividad pública (Gobierno Central, Región, Departamento, Mu-

nicipio) y elegir entre asumir directamente un servicio público o delegar su gestión a un organismo específico del sector público o a un organismo dependiente del derecho privado.

Los registros civiles, por ejemplo, se organizaron, primero, como un servicio público, que ampliaban y asumían la función y competencia eclesiástica local por una laica y administrativa, convirtiendo poco a poco algunos de sus actos religiosos en actos civiles, destinados a producir efectos de derecho civil, incluyendo a los Juzgados civiles, quienes participan en sus juzgamientos. Los municipios, representantes administrativos y locales del Poder Ejecutivo, han sido generalmente los depositarios de estas funciones y competencias, como de la emisión de las partidas civiles.

1.2.6.2 LOS PROPIOS ACTOS DE ESTADO CIVIL

Los propios actos de estado civil sirven a registrar la existencia o no de una persona, su estado familiar, su sexo.

En derecho civil, los actos o los documentos en los cuales se consignan estos son las partidas de estado civil en sentido amplio. En ellas se consignan la existencia o no de la persona física, su presencia física o no. En sentido estricto interesa la persona física como su situación familiar, tal como resulta de la filiación y del matrimonio.

Las partidas de estado civil son los documentos escritos, mediante los cuales la autoridad pública, constata auténticamente los principales acontecimientos del estado de las personas: nacimientos, matrimonios, defunciones. El establecimiento de los registros civiles consagra la transferencia de la función eclesiástica, antes detentada por la iglesia, *latu sensu*, vinculada al cumplimiento de ceremonias religiosas.

Los actos de estado civil representan las acciones practicadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, caracterizadas jurídicamente por: *el formalismo, el valor probatorio y la publicidad*. Los actos de estado civil presentan una característica original, si se les compara por ejemplo a los actos notariales, es que toman en cuenta no solamente los intereses privados, sino también el interés público.

1.2.6.2.1 *Formalismo*

Son actos solemnes, es decir, requieren de una forma particular para su existencia, *ad solemnitatem*. No obstante, el derecho no profundizó en esta materia como si lo hizo en otros ámbitos, cuanto a esta exigencia formal, por el riesgo de privar a ciertos individuos de toda prueba de su estado, lo que habría tenido una consecuencia más grave, no solamente para los propios interesados, sino también para la sociedad.

Esta es la razón por la que, aún cuando la existencia de los actos de estado civil pareciera rigurosamente vinculada a *determinadas formas*, la inobservancia de las mismas es raramente sancionada de *nulidad*, pudiéndose plantear la *reconstitución de los actos* si faltaran las formas pre constituidas. Son una especie de actos de formalismo reducido.

1.2.6.2.2 *Valor probatorio*

El funcionario de estado civil es un funcionario público. Posee las mismas características: los actos que redacta son *escrituras públicas*, provistas de un valor probatorio especial que no puede ser enervados sino por decisión de instrumento falso. Ese es el principio, el mismo que no reconoce diferencia entre los registros, ni incluso entre los actos según hayan sido recibidos y entregados por el propio funcionario o por agentes delegados, los mismos que operan bajo su vigilancia y bajo su responsabilidad.

Sin embargo, ciertas distinciones son necesarias para atenuar el alcance de la afirmación precedente. Es necesario separar las declaraciones relativas a la filiación cuyo valor probatorio, en las partidas de nacimiento, se someten a normas particulares. Luego, se distinguirá, de acuerdo con una teoría válida para todas las escrituras públicas, entre las declaraciones en las cuales el funcionario público hace constatar hechos verificados por él mismo, de sus propios ojos, por sus propios sentidos, *propriis sensibus*, en el ejercicio de sus atribuciones de aquellos otros en los cuales sólo reproduce las declaraciones hechas por las partes, los declarantes o los testigos. Sólo las declaraciones de la primera categoría, las constata-

das por él mismo, dan fe hasta que ellas sean sancionadas de falsas; las otras sólo dan fe hasta prueba en contrario.

En consecuencia, dan ciertamente fe hasta prueba de declaración en contrario de falsas: la mención de la fecha del acto, la mención de la identidad y la calidad del funcionario de estado civil, la mención que determinadas personas, indicando tener tal o cual nombre, tal o cual domicilio, etc., se presentaron ante ese funcionario y le hicieron las declaraciones que figuran a continuación. Pero está claro que esta última mención, no implica ninguna afirmación del funcionario público cuanto al contenido de las declaraciones: la identidad de los interesados (partes, declarantes, testigos) sólo se constata, certifica hasta prueba en contrario. *A fortiori*, sucede lo mismo con la veracidad de los hechos reportados por ellos. ¿Si se produjo un parto? ¿En el día y a la hora indicados? ¿El niño fue del sexo mencionado? Ningunos de estos aspectos tiene en una partida de nacimiento el valor probatorio auténtico, ya que no es misión del alcalde o del funcionario de estado civil de comprobarlos. Los formularios de los cuales se inspiran los municipios tienden a reducir al mínimo las comprobaciones que el funcionario del estado civil toma a su cargo, apenas circunscrito al marco del acto (fecha, lugar, autoridad) de los cuales él asume la responsabilidad; en cuanto al contenido, se limita a recoger estas o aquellas declaraciones de los comparecientes.

Allí, el principio de autenticidad pierde eficacia. Y también, de acuerdo con ésta pérdida general de responsabilidades, se opera una evolución en la concepción del estado civil, representa cada vez más una ventanilla de trámite que una magistratura. Queda, sin embargo, a cargo de los interesados asumir la comisión delitos penales contra la fe pública, si sus declaraciones alteraran la verdad sobre los hechos que los actos tienen por objeto constatar.

El valor probatorio que concierne a los registros de estado civil se extiende también a las *copias* regularmente hechas por los depositarios de los registros civiles municipales. En consecuencia las copias certificadas conformes darán fe ellas mismas, si han sido entregadas por el mismo funcionario de estado civil o por los agentes delegados. Copia puede ser definida como el término genérico, pero podemos distinguir:

- 1° las copias *strictu sensu* o *expediciones*, que reproducen íntegramente los registros;
- 2° los *extractos*, que son copias reducidas (para las partidas de nacimiento y matrimonio solamente). Expediciones y extractos tienen un igual valor probatorio: la de los propios registros.

1.2.6.2.3 *Publicidad*

Los actos de estado civil no son sólo medios de prueba, sino instrumentos de publicidad sobre el estado de las personas. Existe el interés público para que el estado civil de la persona no sea un secreto, y que determinados terceros, tengan legítimo interés en conocer, además, de sus relaciones personales o empresariales (Ej. Conocer la capacidad de un co-contratante depende de la fecha de su nacimiento, o de su situación familiar). La diferencia es muy marcada con los actos notariales que constatan acuerdos, contratos privados, normalmente sin consecuencias fuera de las partes. Los actos notariales privados, en principio, no deben comunicarse a terceros, mientras que el principio de publicidad se aplica a los actos de estado civil.

Es necesario comprender que este principio no implica, para las personas ajenas al servicio, el derecho de examinar los registros. La publicidad se realiza siempre por entrega de copias íntegras o simples extractos. A este respecto, es necesario distinguir según los actos y según los requirentes.

1.2.6.3 **LOS PROCESOS EN MATERIA DE ESTADO CIVIL**

Los registros del estado civil no dan siempre una imagen fiel del estado de las personas. Para mantener una correlación entre la realidad y su comprobación oficial, es necesario rectificar ciertos actos que se establecieron, o incluso establecer otros que no lo han sido. Pero, ya se trate *de rectificar* los registros o *de suplir*, estos no se realizan tan simplemente como si se tratara de celebrar un acto al mismo momento en que este acontece, y que el funcionario del estado civil esté obligado, por la sola

petición de los interesados a registrar sus declaraciones rectificativas o supletorias. La situación no es ya la misma: el servicio de estado civil ha actuado; esta circunstancia promueve nuevas presunciones contra el nuevo acto que se pretende insertar en los registros civiles. Al menos, es necesario un control sobre la sinceridad de lo que se pide, ya que en el intervalo de tiempo que lo separa del hecho registrado debe constatar su justificación, la misma que puede facilitar una maniobra fraudulenta. Este control se confía, en principio, al Juzgado Civil. Existen así *juicios rectificativos* y *juicios supletorios* de los actos de estado civil.

1.2.6.3.1 *Procesos rectificativos*

Estos juicios son regulados por el Código Civil, los cuales pueden producir dos clases de *casos*. Primero, de corrección de una irregularidad surgida **al momento** de la redacción del acto: declaración incompleta, superabundante, o inexacta; sin que sea necesario distinguir entre errores voluntarios o involuntarios. Segundo, se trata a veces de armonizar el acto con nuevos hechos, la inexactitud a rectificarse no se ha manifestado sino **posteriormente** a la redacción (Ej. Autorización de cambio de nombre).

La dificultad mayor consiste en determinar si la acción incoada no tiende en realidad a rectificar el *acto* del estado civil, si ella no ataca al *estado* constatado por el acto, y, en particular, por ejemplo, de una partida de nacimiento de filiación que el acto atribuía al niño. Es que la vía de la acción de rectificación de los actos de estado civil es más fácil - tanto por las condiciones de admisibilidad cuanto por el procedimiento - si la comparamos a las acciones sobre el *estado* constatado del acto. De ahí la tentación, por los interesados, de disimular una verdadera acción en reclamación o conflicto del *estado* bajo el trivial supuesto de una acción en rectificación de la partida de nacimiento. Ello no es admisible, pero, para impedirlo, es necesario poder distinguir dos especies de acciones.

Es cierto que un niño extramatrimonial natural no puede, vía rectificación, pretender añadir a su partida de nacimiento el nombre de su supuesta madre o padre; necesita, en primer lugar, ejercer una acción de

búsqueda o reconocimiento de maternidad o paternidad, o hacer constatar la posesión del *estado* del cual se prevalece. Pero otras posibilidades son más sutiles. La idea general es que la vía de la rectificación debe reservarse a las hipótesis en la cual es necesario hacer coincidir el acto material con lo que se considera la verdad jurídica, si bien se suprime una mención que era jurídicamente ineficaz (Ej. En la partida de nacimiento de un niño natural, la mención de un padre que no lo reconoció), o que se inserte una mención que no hace sino traducir un *estado* determinado según la ley (Ej. En la partida de nacimiento de un niño, la mención que la madre no es soltera, sino casada, si se aporta la prueba del matrimonio, observándose que la mención así insertada no podría bastar para establecer la paternidad del marido).

1.2.6.3.2 *Procesos supletorios*

Es posible suponer que no hay actos de estado civil regularmente establecidos originalmente, o que no subsisten ya, lo que puede plantear varias clases de hipótesis.

- a) Es la hipótesis cuando falta la declaración de estado civil como consecuencia de un caso de fuerza mayor. El juicio que demuestra el hecho alegado se transcribirá en los registros.
- b) Una segunda hipótesis es aquella cuando los hechos que deben constatar no han sido puestos a conocimiento del funcionario del estado civil, a su debido tiempo, en particular, si no se declaró un nacimiento en los sesenta días de producido éste.

La omisión no puede ya ser reparada por una declaración tardía: es necesario un proceso. Este juicio declaratorio, que tiene valor de acto del estado civil tendrá autoridad *erga omnes*.

- c) Puede darse el caso aún de una tercera hipótesis: que el acto del estado civil no haya podido redactarse en el momento por falta o ausencia de algunas condiciones, legalmente requeridas para establecer ésta. Esta hipótesis se refiere, en la práctica, a las defunciones, siempre que no haya sido posible de encontrar el cadáver. En efecto, la partida de defunción, no puede redactarse

mientras que el funcionario de estado civil - o un médico - verifique el deceso. Aún aquí, será necesario un juicio declaratorio de muerte, con sentencia firme, después del procedimiento que tiene por objeto hacer aparecer la certeza del acontecimiento. El juicio declaratorio de muerte, que participa de la naturaleza de los actos de estado civil, será oponible frente a terceros.

- d) Finalmente, el juicio de adopción plena, una vez transcrito, celebra “ficticiamente”, la inscripción de una partida de nacimiento.

1.3 Derechos de la personalidad, libertades e igualdades

La doctrina guarda clásicamente bajo esta expresión, o su equivalente *derechos fundamentales o primordiales*, ciertas prerrogativas de la persona suficientemente precisas en su objeto.

Ellas son sensibles de constituirse en *derechos de la personalidad* o derechos subjetivos (1.3.1.).

Las libertades son definidas como posibilidades de actuación de las personas, *libertades individuales*, las mismas que no tienen objeto de convertirse en derechos subjetivos, son sobre todo derechos “virtuales”, posibles (1.3.2).

La igualdad, y la *igualdad civil* en particular, existen como consecuencia del principio de libertad (1.3.3).

1.3.1 Derecho de la personalidad

En párrafos anteriores hemos evocado algunos derechos subjetivos, como *el derecho a la vida y a la integridad física*, a los cuales nos hemos referido en relación al cuerpo humano, o *el derecho al nombre*.

Existen otros derechos aún más recientes que podríamos asociarlos como derechos de la personalidad, como el

- a. *derecho a la imagen de la persona o el derecho sobre la imagen;*
- b. *el derecho al honor* o aun

c. el *derecho a la intimidad*.

Sobre estos conviene hacer algunas puntualizaciones relativas a las nociones de identificación y de identidad.

1.3.1.1 **DERECHO A LA IMAGEN**

Para Rubio Correa el derecho a la imagen: “Es el que tiene la persona para usar su propio cuerpo, sus imágenes y sus reproducciones y la prohibición de que se utilicen sin su consentimiento”. Para García Toma, citado por Rubio Correa, el derecho a la imagen consiste: “En la facultad que tiene cada persona para autorizar o prohibir que su figura sea reproducida con fines lucrativos o sin ellos... La imagen se constituye a partir de la expresión corporal y de su posterior representación”.

Sin embargo, si bien es comprensible y respetable la opinión de tan connotados juristas, a nuestro criterio, el derecho a la imagen puede ser estructurado específicamente, bajo un doble aspecto: a.1. El derecho a la imagen de la persona, como a.2. El derecho sobre la imagen.

Actualmente, no cabe duda alguna sobre si la imagen puede ser objeto de protección, y si este puede concebirse, particularmente, vía el derecho de autor. Aun cuando subsistan algunas interrogantes sobre quién es el titular de este derecho, bajo qué régimen legal se regula y según qué tipo de obra. Podemos concluir, en principio, que el titular *sobre* la imagen captada es el fotógrafo, el camarógrafo, el periodista, el informático quien detenta la titularidad.

La duda es anterior a la toma de la imagen. Ella porta sobre dos derechos, aparentemente contradictorios: el derecho de las personas a su imagen, y el derecho del público a la información. En virtud del primero, derecho *a* la imagen, ha sido reconocido legislativa como jurisprudencialmente que toda persona tiene sobre su imagen, y sobre el uso que se hace de ella, un derecho exclusivo y oponible contra terceros para su difusión (comunicación al público o reproducción), basado en el derecho al respeto de su intimidad o privacidad.

A fortiori, la persona amenazada o vulnerada en su derecho, puede prohibir que su imagen sea publicada en la prensa o expuesta a la vista del público. No es necesario para ello que terceros hayan actuado con mala intención. Aún cuando, se alegue un móvil legítimo (motivos de índole informativo, científico, didáctico o cultural y aún si estos se relacionan con hechos o ceremonias de interés general celebradas en público), o que en otros casos no se justificaría. (Ej. El periodista cuyo objetivo es informar a la opinión; el artista que practica su arte). El titular del derecho a su imagen podrá obtener por la lesión causada, reparación por daños y perjuicios y adicionalmente pedir al juez, que en el futuro, cese toda publicidad causada a su imagen y, si fuere necesario, ordenar la destrucción de los negativos, copias.

Si nos ubicamos desde la perspectiva del **segundo**, por el derecho a la información, toda persona tiene la facultad de ser informado como a informar; acorde, obviamente, a las normas regulatorias de la profesión y deontológicas, y a las normas que rigen el derecho de la persona.

En el 1. Derecho a la imagen de la persona, se plantean dos aspectos:

de un lado: autorizar o impedir la reproducción y difusión de su imagen, incluyendo la voz;

de otro lado, autorizar o impedir la reproducción y difusión de la imagen de los bienes que éste posea, tomada sin o con su consentimiento por terceros.

En el 2. Derecho sobre la imagen, se plantean dos aspectos, primero, el derecho de terceros, a informar, difundir o publicar la imagen de una persona, y/o de su voz, mediante cualquier soporte o medio, onerosa o gratuitamente; segundo, el derecho a reivindicar la propiedad intelectual sobre ésta.

1.3.1.1.1 Derecho a la imagen

1.3.1.1.1.1 Derecho a la imagen de la persona

Se plantean dos aspectos en el derecho a la persona:

1. A la imagen de la persona física, y el relativo
2. A la imagen de los bienes de la persona.

1.3.1.1.1.1.1 Concepción

El derecho a la imagen es una construcción esencialmente pretoriana, surgida de la preocupación de las personas públicas de luchar contra ciertas prácticas de la información, la comunicación, la prensa en general, al acecho de la imagen, como del aporte del derecho penal, por los daños causados contra estas personas.

El principio puede ser expresado de la siguiente manera: “Toda persona tiene, sobre su imagen y sobre la utilización que se hace de ella, un derecho exclusivo y oponible a su difusión sin su autorización”

Este derecho es extensible a la imagen sobre su patrimonio; podemos incluirlo entre los derechos de la personalidad.

1.3.1.1.1.1.2 Respeto sobre la reproducción y difusión

Toda reproducción y difusión de la imagen de una persona o de su patrimonio, supone, en principio, consentimiento por parte del interesado o de su representante legal, si está **vivo**; o si ha **muerto**, de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden; inclusive, mediante la intervención del poder público.

Y es precisamente en la autorización que estriba el obstáculo para la aplicación de éste derecho a la imagen: en el alcance que ésta tiene para el propio interesado como en la habilitación a terceros para concederla, tratándose particularmente de la imagen de menores o incapaces mayores.

1.3.1.1.2. Derecho a la imagen de los bienes de la persona

No se trata estrictamente de un derecho a la imagen, sino de una extensión del derecho de propiedad, en particular, el derecho de uso, de goce y de transferencia (*usus, fructus, abusus*). El supuesto se basa en que el derecho de propiedad de la persona se extiende a la imagen de los bienes de ésta.

En el caso de figura, cuando un bien mueble o inmueble perfectamente identificable es objeto principal de una imagen, y que el fin de esta imagen es ser explotada comercialmente, mediante su reproducción y difusión; pero también puede ser aplicable a la imagen de un animal de compañía.

Su fijación sobre cualquier soporte, en la expectativa de venta - o indirectamente, como apoyo a una campaña publicitaria de un producto o de un servicio - permite al propietario de esos bienes, y por extensión a la imagen sobre ellas, de ejercer el derecho positivo a la imagen, de explotarla; como negativamente, de oponerse a su explotación no autorizada, aun cuando la jurisprudencia ha supeditado el reconocimiento de una amenaza al derecho a la imagen del bien "...si esta presentara una perturbación anormal para el propietario".

1.3.1.1.2.1 Explotación sin autorización

1.3.1.1.2.1.1 Ausencia de turbación o perturbación anormal

Según la jurisprudencia europea, los propietarios de un bien no tienen derecho exclusivo sobre la imagen de ésta. Pueden, no obstante, oponerse a la utilización de la imagen sobre sus bienes por un tercero cuando le ocasiona una turbación o perturbación anormal. Es el caso de la elaboración de prospectos publicitarios destinados a la comercialización de bienes inmuebles en los cuales se incluyen imágenes - además de la información relativa a la implantación de la futura residencia y sus ventajas - reproduciendo bienes públicos o privados, cercanos a la obra, con el fin de

revelar el medio favorable de la futura residencia, sin que la reproducción se haya realizado sin autorización del propietario. Habría que juzgar si la reproducción del bien inmueble sin el consentimiento de su propietario prefigura la existencia de una turbación o perturbación anormal.

Ello tampoco indica diferencias de tratamiento entre los distintos usos posibles de la imagen de un bien: uso publicitario o comercial y uso con finalidad artística o informativa, aunque aparentemente no debieran ser sometidos al mismo régimen.

1.3.1.1.1.2.1.2 Utilización publicitaria de la imagen

En el caso de la utilización de la imagen de un bien privado con fines comerciales que afecta el derecho de goce de los propietarios de este bien, implica - para estos últimos- un perjuicio evidente, si estos no han manifestado su aprobación para que sea fotografiado y sirva de base a un anuncio publicitario.

1.3.1.1.1.2.1.3 Reproducción de imagen accesoria

Si generalmente, el derecho de propiedad autoriza a oponerse a que un tercero utilice la imagen de un bien con fines comerciales, ciertas imágenes constituyen solamente elementos accesorios de la representación principal, siempre y cuando la configuración de la imagen, no porte ninguna confusión posible. En este caso no se afecta los derechos de los propietarios.

1.3.1.1.1.2.2 Explotación con autorización

En estos casos se plantea la utilización de la imagen de un bien privado o público con fines comerciales o no. Si se trata de la comercialización de la imagen antes habría de preguntarse si esta tiene vocación de circular, de ser intercambiada y si el derecho autoriza su comercialización.

Si la imagen es el reflejo, y en consecuencia accesorio de la persona, jurídicamente ella se emancipa de ésta. Sin embargo, no es ese el caso,

el accesorio no sigue al principal. De otro lado, el derecho a la imagen ha sido clasificado entre los derechos vinculados a la personalidad pero esta clasificación es atípica, porque, según algunos autores, los derechos de la personalidad: “son sobre todo extra patrimoniales, concebidos como derechos puros, intactos de toda alianza con el dinero que los envilece”.

Respecto a la imagen, podríamos decir que se trata de derechos de la personalidad particulares, que tienen una dimensión patrimonial? La imagen es tratada como un bien pero se encuentra ligada de tal manera a la persona que el derecho rehúsa de admitir que pueda existir un derecho de propiedad sobre la imagen. Sin embargo, nos parece admisible de reconocer a cada cual un derecho de propiedad sobre su imagen. Quizás este es el mayor desafío que no presenta la evolución del hombre, la sociedad y el derecho. Es interesante constatar, no obstante, que este derecho tiene enormes similitudes con el derecho de autor. Tratándose de la imagen de la apariencia física, podríamos hablar entonces de obra original y personal? O puede ser percibida como un bien incorporeal, si admitimos la idea de un derecho de propiedad sobre el cuerpo - como emanación de éste - susceptible de ser separada de su elemento material y difundir la imagen de la apariencia física, como un bien cuyo propietario es la persona?

De allí la exigencia en la explotación por el propietario de la imagen o con su autorización, de un doble consentimiento del titular cuanto a la captación de su imagen y cuanto a su utilización.

1.3.1.1.2 Derecho sobre la imagen

El alcance del derechosobre la imagen, está marcada por dos rasgos: de excepción, por el derecho a la información, y de propiedad intelectual otorgado por el derecho de autor.

1.3.1.1.2.1. Excepción por el derecho de información

Sobreviene cuando:

§. La imagen ilustra o cuestiona un tema de actualidad, o

§§. Un tema histórico-político.

§§§. Cuando la reproducción de la imagen de la persona es accesoria a la imagen central, o

§§§§. También cuando la persona no es identificable en la imagen en cuestión.

1.3.1.1.2.1.1. Ilustración de un tema de actualidad

El reconocimiento del derecho a la imagen acentuó la tentación, de todo individuo, personaje conocido o anónimo, de recurrir a la comercialización de su imagen. El objeto del derecho a la información intenta corregir este descontrol, permitiendo de atenuar el absolutismo de este derecho. Los órganos jurisdiccionales europeos operaron, después del año 2000, un cambio notable, bajo las considerandos del Convenio europeo de los derechos humanos, y en el artículo 10, mediante una excepción al derecho a la imagen, basada en las exigencias de la información del público y de manera más concreta por la necesidad de dar cuenta (a.1) de un tema de actualidad, (a.2) bajo reserva de dignidad y naturaleza “respetuosa” de la imagen.

1.3.1.1.2.1.1.1 Condición de actualidad

El derecho a la imagen no puede obstaculizar la difusión de la imagen de una persona fotografiada, célebre o desconocida, vinculada a un acontecimiento o a un asunto judicial, como autor, víctima o testigo necesario para los requerimientos de información. De esta manera, se origina el principio que la libertad de comunicación, de información autorizan: la publicación y difusión de imágenes de las personas vinculadas a un acontecimiento, bajo la sola reserva del respeto de la dignidad humana.

Sin embargo, tres observaciones deben ser formuladas respecto a este principio de libertad de ilustración por la imagen a un tema de actualidad:

a.- La adecuación entre la imagen y el artículo,

b.- Los términos de la difusión,

c.- La importancia del acontecimiento.

No obstante, la doctrina se permite una reserva:

1.3.1.1.2.1.1.2. Reserva de dignidad y naturaleza “respetuosa” de la imagen.

Toda imagen que responda a la condición de actualidad no será necesariamente legal si:

- i) Afecta la dignidad de la persona o si el
- ii) Espíritu de la imagen es poco respetuoso de esta persona. Ambas circunstancias particulares pesarán en la
- iii) Evaluación del prejuicio sufrido por la persona.

1.3.1.1.2.1.2 Ilustración de un tema histórico político

Si en la hipótesis anteriormente evocada, la imagen de una persona no es difundible cuando ella no ha sido autorizada ni ilustra un acontecimiento de actualidad, es que ésta lo es cuando se inscribe en la perspectiva de ilustración de acontecimientos históricos?

La respuesta es sí, ...en principio. Así lo confirma también la jurisprudencia europea sobre la cuestión, en razón del tiempo transcurrido y del cambio de las circunstancias que rodearon la toma de esas imágenes y la actualidad, y que pueden publicarse sin su consentimiento. Su divulgación, aún repetida, es lícita y no requiere consentimiento del interesado, en tanto la reproducción intervenga *siempre* en el marco de los acontecimientos a los cuales se reporta la imagen, con el único fin de *ilustrar la memoria de aquellos acontecimientos que pertenecen a la historia*.

Doctrinariamente, la información histórica y también la información política se mencionan explícitamente como excepciones al derecho a la imagen. En estos casos la imagen de la persona no debe ser desvalorizante, humillante ni ridícula, y que incluso el pesado simbolismo que

podiera representar no es susceptible, en un tal contexto de difusión, de causar ningún perjuicio.

1.3.1.1.2.1.3 Individuo “accesorio” de la imagen central

La teoría de la imagen accesoria permite de sobrepasar el derecho a la imagen, cuando la toma no se centra sobre la persona sino sobre un acontecimiento de actualidad. Los juzgamientos sobre la materia no son aún estables, más bien son contradictorios. Sin embargo, la idea de base sigue siendo la amenaza o el ataque a la vida íntima/privada de la presunta víctima y la falta de autorización de los interesados.

1.3.1.1.2.1.4 Individuo no identificable

En este caso de figura, tanto la doctrina como las decisiones jurisprudenciales descartan la aplicación del derecho a la imagen, cuando la persona no es identificable. Por eso, *a contrario*, algunos magistrados precisan, en particular, con respecto a personas fotografiadas en una manifestación pública, que el derecho a la imagen opera para la difusión de la imagen “de un individuo fácilmente identificable”.

Este carácter no identificable es a veces el corolario del carácter accesorio de la persona sobre la toma. Pero puede resultar de la toma, de tres cuartos, por ejemplo, o de las técnicas de opacidad de los rostros. Los magistrados consideran, en efecto, que la violación del derecho a la imagen supone que un lector normalmente atento pueda distinguir las características de la persona representada para poder reconocerla. En este caso concreto, incluso después de un examen minucioso de las tomas y después de una comparación con las fotografías proporcionadas por la víctima, será o no posible de reconocer e identificar a ésta, su silueta o la indumentaria llevada por el personaje en cuestión.

Finalmente, ningún órgano de prensa puede alegar un carácter no identificable de la persona, sobre todo en el caso de niños, cuando en la descripción o artículo que acompaña a las tomas se mencionan a sus

padres y se evocan sus nombres y sus edades. Este mismo caso de figura puede ser aplicable para las personas bajo tutela o curatela.

1.3.1.1.2.2 Propiedad intelectual

En el segundo caso, la extensión de los derechos de propiedad sobre la imagen es también contemporánea de la aplicación del artículo 10 del CEDH con un uso más sistemático por los Tribunales nacionales, en relación a la libertad de expresión. Ella beneficia de la propiedad intelectual que le otorga el derecho de autor. La imagen no es ni más ni menos que un modo de expresión, en este aspecto, sin duda, supera el simple marco de la ley de prensa.

La fotografía de una obra puede ser protegida por los derechos de propiedad intelectual, o la misma fotografía, protegida en tanto que obra. Cabe en este caso, exigir una doble autorización de la obra, tema de la imagen y la del fotógrafo. En el caso de una obra colectiva, será necesario el acuerdo de todos los autores, bajo reserva del carácter original de la obra. Sobre este último criterio y para mayor seguridad, debe darse por sentado que una obra es, en tanto que tal, original ya se trate de fotografía o de la obra tema de la foto.

La protección de los derechos de autor patrimoniales de un autor individual se realiza durante toda la vida de éste y 70 años después de su muerte por sus causahabientes. Después de este plazo, la obra cae en el dominio público, subsistiendo solo el derecho moral inalienable. La solución es la misma para los edificios públicos, u otras del espíritu físicas. Los derechos patrimoniales de los arquitectos pueden haber sido cedidos contra remuneración, en cuyo caso convendrá tornarse hacia los propietarios o el Estado para obtener la autorización de la imagen, no obstante, quedan vigentes el respeto de los derechos morales del arquitecto.

Concerniente a los bienes privados como públicos sobre los cuales existe un derecho de propiedad intelectual, puede haber un conflicto entre los titulares del derecho. Entre el titular del derecho de autor y el derecho del propietario, por ejemplo. La cuestión podría resolverse de la

siguiente manera: dado que el objeto principal de la imagen es el bien, la protección juega a favor del titular de los derechos de propiedad intelectual, el derecho moral frente, debe sin embargo, ser ejercido en el respeto de los derechos del propietario e inversamente. Una vez que la obra ha caído en el dominio público, ella puede, no obstante, puede ser sometida aun a los derechos de autor, además del ejercicio y la observancia de los derechos morales. Un ejemplo es la Torre Eiffel, que puede ser libremente fotografiada y filmada en el día pero por la noche, cuando se ilumina, deviene una nueva obra.

Tratándose de imágenes sometidas a un derecho de propiedad intelectual, bajo las reservas legales de que sus obras pueden ser calificadas de originales en el sentido de la jurisprudencia y que el período de protección no haya expirado de conformidad con el Decreto Legislativo 822, una corriente doctrinal y jurisprudencial invita al derecho a adaptar el concepto de cortas o breves citaciones a la obra artística basándose sobre todo en el tamaño reducido de la reproducción.

El Artículo 43º, incisos a), b) y g) del Decreto Legislativo 822 Ley sobre derecho de autor indica que es permitida sin autorización del autor las breves reproducciones:

“a) La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos o de **breves extractos** de obras lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

b) La reproducción por reprografía de **breves fragmentos** o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal. (El subrayado es nuestro)...

g) La reproducción de las obras del ingenio para uso privado de los invidentes, siempre que ésta se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no tengan como propósito utilización lucrativa. Ley 27861 modificatoria del DL 822,

justificada por el carácter educativo, científico o informativo de la obra citada. Tales prácticas no apuntan, en nuestra opinión, a competir con los fotógrafos, sino de ilustrar algunos artículos, ellos mismos protegibles por la propiedad literaria, reproduciendo varios clichés,

Mejor aún, la Directiva europea de mayo 22 de 2001, relativa a la armonización del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, el artículo 5, 3, d) no ha incluido el adjetivo «corta» para calificar la excepción del derecho de cita. Este artículo exige la indicación de la fuente y el nombre del autor de la obra citada.

Por otra parte, el artículo 5, 5 de la Directiva europea de mayo 22 de 2001 introdujo la triple prueba de la Convención de Berna. Esta técnica inspirada por «uso justo» “fair use» del copyright americano, plantea interrogantes sobre las consecuencias de utilizar el trabajo de terceros. La Directiva establece que «las excepciones al derecho de autor son aplicables en ciertos casos especiales que no afectan a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho».

Una parte de la jurisprudencia francesa y la doctrina reivindica este razonamiento económico. La reproducción de fotografías de manera razonable y no competitiva podría así ser admisible en consideración al derecho comunitarios europeo.

1.3.1.2 DERECHO AL HONOR

1.3.1.2.1 Definición

Toda persona tiene el derecho a exigir que terceras personas respeten su honor. El concepto de honor es difícil a definir, reside en cada persona, en el sentimiento que esta tiene de su propia dignidad; y en los terceros, en la impresión que estos tienen de nuestra dignidad, según Muñoz Peralta, y otros. José Urquizo, clasifica el honor dividiéndolo en

honor subjetivo, honor propiamente dicho y en honor objetivo, la buena reputación. Si aceptamos esta clasificación, el honor, en sentido subjetivo, podría ser definido como "...la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás", es el propio sujeto quien se evalúa. Bernal, confirma esta opinión sosteniendo que "el honor (subjetivo) es el sentimiento de auto-estima; es decir, la apreciación positiva que la persona hace de sí misma y de su actuación".

Por el contrario, el honor objetivo, la buena reputación, es la impresión, la valoración que los demás tienen o suponen tener de un individuo. Ambas percepciones del honor, son realmente subjetivas, pues en los dos casos la valía de una persona se aprecia por ella misma o por terceros. La sola diferencia es que la reputación se adquiere, se construye mediante los hechos sociales de los cuales da cuenta una tercera persona.

La buena reputación es según García Toma, "... la opinión cierta, evidente y favorable que lo congéneres tienen de nuestra persona. Alude a la celebridad, renombre o estima social que una persona alcanza en su entorno como consecuencia de su comportamiento coexistencial y de su esfuerzo profesional, cívico, etc."

En conclusión, el honor y la buena reputación son derechos complementarios de la persona, pues ambos se refieren a su valoración desde el ángulo de dos agentes diferentes. El primero, se refiere al sentimiento de auto valoración de la propia persona; el segundo, a la valoración de una persona por terceros.

1.3.1.2.2 Amenazas

Las amenazas al honor toman el nombre técnico de **difamaciones** cuando resultan de la alegación o la atribución de un hecho, sea éste verdadero o falso. No son sino **injurias**, cuando resulten simplemente expresiones ultrajantes; en el caso de la **calumnia**, en términos de menosprecio que no consignent ningún hecho, o de atribución de delito. La injuria, la calumnia y la difamación constituyen infracciones penales, previstas y castigadas, cuando hayan sido públicas, o publicadas. Ver los artículos 130, 131, 132 del Código Penal Peruano

Históricamente, los delitos referidos al honor y a la prensa han sido estrechamente vinculados, en una relación antagónica, la protección del honor de los individuos que limitan la libertad de la prensa, y recíprocamente. Pero pueden considerarse también como faltas civiles: en el ámbito del derecho civil, la víctima podrá obtener, no solamente daños y perjuicios en reparación de la lesión causada, sino la aplicación de otras medidas susceptibles de impedir que ésta continúe, verbigracia, supresión de un escrito injurioso, calumnioso o difamante. Se admite que el ataque lanzado contra el honor de una persona sólo tiene el carácter de una falta tanto como la intención del autor del daño, si fue inspirado por la mala fe.

Lo que es comprensible psicológicamente, para el ofendido como para el ofensor, es que la ofensa se encuentra menos en la materialidad de las palabras o gestos que en la intención que los anima; sólo existe verdaderamente injuria allí donde hay afectación e intención señalada de insultar, *el animus*, el espíritu que guía el acto.

1.3.1.3 DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y A LA INTIMIDAD

La primacía de la vida privada prohíbe, en principio, toda intrusión indiscreta, mientras que la vida pública, es la excepción: ellas se encuentra abierta a la curiosidad de todos. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada. Esta proclamación figuraba ya en 1950 en el texto del Convenio europeo de protección de los derechos humanos (Art. 9). Sobre ésta, es necesario examinar, cuanto a las fuentes americanas, su afirmación legislativa y jurisprudencial respecto del:

- i. Concepto de vida privada,
- ii. La difusión de informaciones,
- iii. Las excepciones, y los
- iv. Rasgos comunes al derecho de la personalidad.

1.3.1.3.1 *Concepto de vida privada*

Según las *interpretaciones*, legislativas y jurisprudenciales, podemos clasificarlas en dos grupos:

Según el *modo de vida*, cada individuo, en cuanto persona libre del ejercicio de sus derechos, elige vivir como mejor le place: trabajar o no; ser o no una persona pública o privada; de casarse o continuar célibe, etc.; los ejemplos son múltiples. Cada individuo ejerce un tipo de libertad, pero esta libertad es incompleta, parcial; ella se desarrolla en sociedad. El vivir en determinado lugar, el poseer determinados animales de compañía, obliga a su titular a observar un modo de vida compatible con la vida en comunidad.

La *esfera de intimidad*, corresponde a los requerimientos del individuo de conservar una esfera secreta de su vida desde la cual puede impedir el ingreso o mantener alejados a terceros. La doctrina moderna le reconoce así un derecho al respeto del carácter privado de su persona, un derecho a ser dejado solo (to let be alone); ese en el fondo su libertad. A veces se ha vinculado a ésta las prerrogativas por las cuales el individuo se opone a que su nombre o su imagen sean libradas a la publicidad - acciones que a otros les servirán para basar sus derechos primordiales de la personalidad. Lo que se evidencia específicamente - porque ni el derecho al nombre ni el derecho a la propia imagen podrían ser defendidos - es el derecho del individuo a impedir que su vida íntima, incluso con nombres cambiados, no sea recuperada por escritores, poetas o romanceros, de manera explícita o velada. La esfera de intimidad puede ser defendida incluso en caso de beneficencia.

1.3.1.3.1.1 *Elementos conceptuales*

Si consideramos que la definición de la intimidad es la parte más reservada o particular de los pensamientos, afectos o “asuntos interiores” de una persona, es fácil deducir que solo tendremos acceso a esa información con la autorización de su (s) titular (es), por el valor moral, social, político u otro que guarda dicha información.

El derecho a la intimidad, a la privacidad, no ha sido entendido siempre de la misma manera. Surgió primero como derecho pretoriano, para posteriormente devenir general, y enseguida, derecho positivo. Una concepción moderna sobre el tema fue realizada por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis el año 1890 en el artículo intitulado «The Right of Privacy» publicado por la revista americana Harvard Law Review.

El Juez Cooley lo define como: “...el derecho que tiene cada individuo de permanecer aislado, de permanecer solo, y no ser impelido a la publicidad”.

Los ordenamientos jurídicos basados en el derecho civil, no han adoptado un modelo general de la personalidad, sino que reconocen legislativamente un número ilimitado de derechos de la persona; modelo diseñado por el código civil peruano.

El desarrollo de la jurisprudencia ha influido en el desarrollo del derecho a la privacidad superando la limitación conceptual producto de su traducción literal, dando paso al derecho general de la personalidad.

Según Morales Godo,

...tres aspectos fundamentales integran la noción de intimidad:

1. Tranquilidad: el derecho de todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud.
2. Autonomía: la posibilidad de tomar decisiones en las áreas fundamentales de nuestra existencia. La autonomía está referida, entonces a la libertad del ser humano para la toma de decisiones respecto de su vida;.... optar libremente por las distintas posibilidades que le ofrece sus circunstancias, y ello implica la posibilidad de tomar sus propias decisiones.
3. Control de la información: Existen dos aspectos sobre este punto: de un lado, la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de la vida privada y del otro, la posibilidad de controlar el manejo y circulación de la información, cuando ha sido confiada a un tercero.

1.3.1.3.1.2. La intimidad personal y la privacidad familiar

1.3.1.3.1.2.1 Las normas

La Legislación peruana establece dos aspectos complementarios en la noción de intimidad: la *personal* y la *familiar*.

El Art. 2º Constitución peruana vigente señala: *Toda persona tiene derecho a: (...) 7.... a la intimidad personal y familiar...*

El respeto de la vida privada es objeto de un derecho subjetivo, que, por su naturaleza, se encuentra próximo de los derechos de la personalidad anteriormente analizados. Se reconoce este derecho a todas y cada una de las personas físicas, incluso a los que son incapaces de ejercerlo personalmente. No es, sin embargo, contra terceros, ni en general contra los titulares de la autoridad parental, que un menor o un incapaz pueden reclamar una vida privada autónoma.

El respeto de la vida privada se traduce esencialmente por un deber de abstención: es imperativo dejar solo, tranquilo al individuo. Esta tranquilidad representa el valor psicológico protegido, reviste aspectos múltiples y concretamente diferentes: permanecer desconocido; no ser espiado, seguido, solicitado, cuestionado; no escuchar pronunciar su nombre en público; ni ver revelada su biografía o su genealogía, el estado de su fortuna o sus deudas; ni relatarse los actos de su existencia diaria, etc. Pero la referencia hecha a la vida privada señala muy claramente que la vida pública permanece fuera de la protección legal. La dificultad consiste entonces en trazar entre los dos una frontera válida.

Los hombres políticos, los literatos o las estrellas del cinema, radio o televisión, detrás de su vida pública, observada por todos nosotros, tienen una vida privada, que pueden desear preservar. Igualmente, los personajes históricos pertenecen a los historiadores en su vida pública y a sus familias en su vida privada. Los profesionales de la indiscreción se oponen, sin embargo, indicando que la disociación es artificial; que la vida privada contribuye a esclarecer la vida pública; que aquel que pretendió ser célebre, renuncie a prevalerse de una esfera de intimidad.

Aquí podemos observar que libertades antagonistas, o incluso derechos, pueden neutralizar el derecho al respeto de la vida privada: así, la libertad de la prensa o aquel de la investigación histórica, y de manera más general la libertad de la información puede imponer un determinado estilo de vida.

De igual manera, el código civil vigente, en su artículo 14° define: la intimidad de la vida personal y familiar.

Para Carbonell Lazo, y otros:

El derecho a la intimidad comprende no solo los aspectos de la propia vida personal, sino también determinados aspectos de la vida de otras personas con las que guardan una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que por esa relación o vínculo familiar, coinciden en la propia esfera de la personalidad del individuo

1.3.1.3.1.2.1.1 Intimidad personal

Según Bernal Ballesteros, la intimidad personal “Es el ámbito restringido en torno al individuo mismo. Es aquella intimidad que incluso, puede negarla a sus familiares”.

Al hablar de intimidad personal nos estamos refiriendo a ciertos datos y comportamientos propios de cada persona que, como mencionamos anteriormente, las reserva solo para sí, ya sea por la delicadeza del dato o comportamiento; o porque la persona simplemente, quiere mantenerlos reservados y por lo tanto ajenos del conocimiento de terceros inclusive de sus mismos familiares.

1.3.1.3.1.2.1.2 Intimidad familiar o privacidad

En relación a la intimidad familiar o privacidad, Bernal Ballesteros sostiene que “... son todos los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones que existen dentro de la familia; las relaciones conyugales, de padres e hijos, de hermanos, etc.”

Por su parte Manuel Cepeda, defiende la protección del derecho a la intimidad familiar: “De esta manera se protege el núcleo fundamental de la sociedad donde se puede enriquecer la vida humana”. En este caso se protege aquellos datos y asuntos que surgen al interior del hogar producto de las múltiples relaciones de sus miembros.

Es lógico que se proteja la intimidad familiar, puesto que es en el interior de la familia donde sus miembros producen una variedad de situaciones y relaciones de incomparable intensidad, diferente a aquellas relaciones que puedan tener cada uno de sus miembros con terceros.

Cuanto al soporte, no es necesario que la indiscreción provenga de un órgano de prensa, *stricto sensu*, para ser procesado por ataque a la vida privada. El soporte de la información es indiferente del acto ilegal, puesto que un atentado contra la vida privada puede reprocharse con motivo de la difusión de información controvertida. No hay tampoco, ninguna oposición sobre el soporte electrónico ni la difusión numérica de la información para impugnar la invocación de los artículos legislativos pertinentes.

1.3.1.3.1.2.2 Las sanciones

1.3.1.3.1.2.2.1 Civiles

De la concepción de la vida privada prevista por la Constitución y el Código Civil en materia de derecho subjetivo, se deduce que la norma se aplica desde la amenaza o la comisión de la infracción. No es que el sistema de protección en adelante se traslade a los arts. 1969, 1970: la alusión a la reparación del daño pone de manifiesto que no es el caso. Lo que es nuevo, es que la sola comprobación de la lesión indica presunción de perjuicio moral y existencia de delito.

Otra novedad, que tiene seguramente un mayor alcance práctico, es el refuerzo de las sanciones (*lato sensu*). En esta clase de proceso, las eternas condenas pecuniarias en forma de daños y perjuicios son poco eficaces. La tendencia es a la demanda de reparación en especie, y sobre todo una acción preventiva destinada a adelantarse a las indiscreciones,

vía medidas cautelares como embargos, o secuestros u otras sobre los diarios, libros, películas, conferencias, etc., que afectan la vida privada, e inclusive los equipos y material.

1.3.1.3.1.2.2 Penales

Este derecho ha sido tipificado también en el código penal, en los artículos 154° al 158° Desde una pena privativa de dos años, que puede ser mayor de probarse circunstancias agravantes, o según el estatus del agente o el uso indebido de archivos computarizados. Estos delitos son perseguibles por acción privada.

1.3.1.3.2 Difusión de informaciones relativa a la vida privada

La difusión de informaciones relativas a la vida privada supone una: 1. *Autorización*. Pero a su vez co-existen una serie de normas específicas que regulan la autorización exigible sobre la vida privada de las: 2. *Personas menores o incapaces mayores*.

1.3.1.3.2.1 Autorización

Las normas precedentemente aludidas y las decisiones de justicia nos recuerdan el derecho de toda persona al respeto de su vida privada, fijando ella misma los límites de lo que puede ser o no publicado. Ello significa que toda revelación de un elemento de la vida privada de una persona supone una autorización, excepto presunción de explotación anónima. La autorización debe contemplar con precisión el alcance de la publicación, de ahí el interés de un contrato escrito, para evitar todo conflicto posterior. La carga de la prueba pesa sobre la persona que se prevale de la autorización, es decir, generalmente, el autor de la publicación.

Sin embargo, es necesario tener presente que toda divulgación de información relativa a la vida privada que no está prevista expresamente, no está autorizada. Será conveniente, cuando proceda, retornar nueva-

mente a la persona para solicitar una nueva autorización, para una publicación no prevista originalmente. Así la autorización otorgada para la publicación de biografías a carácter universitario, en una edición papel, no valdrá para otra edición o en otro soporte.

1.3.1.3.2 Persona menor o incapaz mayor

Toda revelación de información relativa a la vida privada de un menor o de un incapaz mayor supone una autorización de su representante legal. Se considera como el representante legal al (los) padre (s) titular (es) de la autoridad parental o el tutor.

1.3.1.3.3 Excepciones al derecho de la vida privada

1.3.1.3.3.1 Existencia de un contrato

Constituye la situación ideal, en el cual existe un contrato firmado en el que se fijan las condiciones de publicación de una información que afecta a la vida privada de una persona, se evita así toda dificultad. No siempre es así en la práctica; incluso en presencia de un contrato, debido a la ambigüedad o al carácter incompleto de éste (no considerada la posibilidad de publicación) o de desacuerdo que puede existir sobre la opinión que se han hecho los interesados sobre los límites de la vida privada.

1.3.1.3.3.2 Ausencia de un contrato

La ausencia de contrato se encuentra, frecuentemente, durante las investigaciones llevadas a cabo por historiadores, psicólogos o sociólogos. Ella puede explicarse por la imposibilidad psicológica (riesgo de reticencia y pérdida de confianza) de hacer firmar un contrato a la persona que habla por sí misma o por el hecho que un “testigo” involucre otras personas que ella misma. Se explica, *a fortiori*, por la imposibilidad material de obtención de las autorizaciones (antiguos archivos, beneficiarios imposibles de encontrar,...).

Al respecto, tres conceptos permiten atenuar la ausencia de contrato: el concepto de vida pública (1), el de acontecimiento de actualidad (2) o aún los derechos de la historia (3).

1.3.1.3.4 Rasgos comunes al derecho de la personalidad

Al intentar identificar aquellos rasgos que tienen en común, los derechos de la personalidad, aparecen los siguientes rasgos:

- 1 *Generales.* – *A priori*, toda persona está dotada de ellos.
- 2 *Extra patrimoniales.* No poseen por ellos mismos un valor pecuniario (aún cuando puedan dar lugar a reparación dineraria). No son fundamentalmente ni cesibles, ni embargables, ni susceptibles de renuncia.
- 3 *Absolutos.* Se imponen para ser respetados por todos. Es un carácter que tienen en común con los derechos reales, en oposición a los derechos personales, lo que ha dado lugar, algunas veces a afirmar que eran derechos privativos, incluso verdaderos derechos de propiedad sobre los bienes inmateriales (sobre el nombre, la imagen, etc.).

Sin embargo, hemos visto que algunos de los rasgos comunes son incompatibles con los derechos a/sobre la imagen.

1.3.2 Libertades individuales

Decíamos antes que la libertad es la posibilidad reconocida a la persona de hacer aquello que le place, el poder de actuar según su propia determinación. No tiene un objeto preciso para constituirse en derecho subjetivo, en sentido técnico del término, es más bien, un derecho “potencial”, “virtual”, “posible”.

La libertad ha sido definida frecuentemente por negación, por sus límites según la fórmula de la Declaración de 1789: la obligación, el deber de no perturbar a terceros. En el derecho civil lo ha sido de manera afirmativa, precisa, en relación a los *derechos* reconocidos a los demás. En

consecuencia, la libertad no se afirma solamente con relación al Estado, sino también en las relaciones entre los individuos. Es este aspecto civilista del problema al cual nos referimos: la libertad civil, la libertad garantizada por el derecho civil, aquella que sirve de garantía a la persona privada contra las usurpaciones por terceros. Es innecesario, además, referirse a un concepto general, que, por su propia abstracción, sería poco útil. La libertad se diversifica según la actividad humana a la cual la aplicamos. Mas que de *la* libertad civil, se trata de ocuparnos en la práctica *de las* libertades civiles concretas. Sería inútil pretender dar aquí una enumeración exhaustiva de estas libertades nos limitaremos a recordar algunas categorías clásicas a la cual se refiere el derecho público, transponiéndolas al derecho privado:

1.3.2.1 LIBERTAD DE MOVIMIENTO

Considerada como la libertad de ir y venir de la persona, ella plantea, sin embargo, en su relación al derecho civil, algunas limitaciones que son ya conocidas en derecho público (abuso de la detención provisional, por ejemplo).

En el derecho civil, se plantean algunas figuras sobre los cuales los legisladores han ido pronunciándose gradualmente. El derecho de tránsito o de paso sobre la propiedad de terceros, servidumbres, cuando la propia se encuentra enclavada, sin salida a la vía pública; la validez de donaciones o testamentos, en las cuales el causante impone al beneficiario, como condición de su liberalidad, la obligación de vivir en una ciudad o en una casa determinada, o por el contrario, la prohibición de permanecer en ellas.

Tales derechos como su aplicación práctica, por la inercia o la presión psicológica que ejercen sobre el propietario, poseedor o beneficiario de la sucesión, corren el riesgo de limitar u obstaculizar el desplazamiento de la persona o por el beneficio de la liberalidad generar una especie de cautiverio o, contrariamente, de prohibición de estancia. No obstante, múltiples decisiones de justicia se inclinan a validarlos – aún cuando su efecto es limitado en el tiempo - siempre que sean justificadas por un

interés considerado legítimo (Ej. impedir el abandono de la casa familiar; evitar el contacto entre una familia legítima y el cónyuge infiel).

1.3.2.2 LIBERTAD DE HACER Y NO HACER

No es sino por propia determinación, “voluntaria”, que el individuo puede perder parte de esa libertad. Es el caso del contrato de trabajo, por el cual una persona se compromete a prestar sus servicios en favor de otro, mediante remuneración. La precariedad del vínculo es el único factor que pudiera salvar la libertad individual de la relación así creada. La precariedad se observa en una serie de normas: prohibición de comprometer sus servicios vitaliciamente, por ejemplo, que podría asemejarse a los regímenes de la esclavitud.

En última instancia, la libertad será protegida civilmente por los arts. 1150 y 1152 del código civil, desprendiéndose de esta figura, que si el deudor de una obligación de hacer o de no hacer no la realiza de manera espontánea, el acreedor podrá optar por exigir la ejecución forzada, que la prestación sea ejecutada por persona distinta y por cuenta del deudor, o dejar sin efecto la obligación; y podrá liberarse de la relación abonando la indemnización que corresponda por los daños e intereses equivalentes al perjuicio causado.

Sobre la libertad de acción o de inercia, el derecho renuncia a resolver únicamente por la motivación de un incentivo o interés pecuniario, en esta premisa encontramos el fundamento del debido respeto del cuerpo humano.

1.3.2.3 LIBERTAD DE DOMICILIO O INVOLABILIDAD

En oposición con la libertad de movimiento, existe una libertad de inercia, de residir en el domicilio elegido. La casa, la residencia constituye la barrera de protección, el reducto del individuo.

La inviolabilidad del domicilio está garantizada por el derecho público contra los abusos de la autoridad. También está garantizada por el

derecho civil contra los abusos por terceros. La analogía es sorprendente cuando el derecho civil se ocupa de determinar en qué medida un funcionario, operando a petición de una persona privada, puede penetrar en el domicilio de otra para levantar un acta de constatación? (Ej. la constatación de adulterio en una acción de divorcio). La jurisprudencia exige que el secretario, ujier, haya sido previamente autorizado, mediante resolución del magistrado civil; bajo apercibimiento de declararse nula el acta de constatación, practicada en forma u horas indebidas. Bajo esta doble reserva, se admite la legalidad del acto, validando un principio de libertad, que, indudablemente, no tiene sino valor relativo.

La inviolabilidad del domicilio se encuentra también contemplada en otras secciones del derecho civil. El derecho de cierre declarado por el art. 963 del CCP, el mismo que faculta implícitamente una violación del domicilio aun cuando las causas de peligrosidad puedan ser atendibles. Pero, fuera de éste y de otros referidos a la persona jurídica o moral, existen otros casos, reconocidos por la jurisprudencia, sobre una libertad de cierre, más amplia, porque alcanza a toda persona al interior de su residencia, y no solamente al propietario - la libertad de cerrar su domicilio, o incluso habilitarlo defensivamente sirviéndose de trampas o de animales, sin incurrir en responsabilidad a favor de las posibles víctimas. Y es necesario admitir, como consecuencia de esta libertad, el derecho a toda la persona, ella misma, de expulsar del lugar donde vive efectivamente a los intrusos, aquellos individuos que se introducen sin derecho, con tal que la violencia empleada a tal efecto sea moderada.

Lo que muestra que la libertad de encerrarse en su domicilio no es un privilegio del propietario, sino que ella puede oponerse al propio propietario por un arrendatario. Obviamente, el arrendador o propietario conserva un derecho de control, en consecuencia, un derecho de acceso, al inmueble, al edificio, a las partes individuales y comunes que siguen siendo de su propiedad, al menos para controlar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el arrendatario, relativas a ese bien (Por ejemplo: reparaciones locativas, verificación del estado del inmueble,...). Pero ello no faculta un acceso intermitente ni desmesurado del propietario. El principio, al cual siempre retornaremos: es la indepen-

dencia del arrendatario a los espacios alquilados, pero también de acceso del propietario a su bien.

1.3.2.4 LIBERTAD DE CONCIENCIA

Es posible recurrir a la protección del derecho civil, particularmente, en los conflictos familiares relativos a la educación religiosa de los niños, cuando los padres, ascendientes, o tutores se encuentran en vida. Como en los casos, en los cuales, los causantes de una sucesión supeditan sus liberalidades a condición que los legatarios cambien o no de religión, se casen o no con personas de determinada confesión religiosa. Estas condiciones pueden juzgarse ilícitas reputándose entonces por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley art. 689, por atentatorias a la libertad de conciencia.

Otras consideraciones, sin embargo, han sido aceptadas en otras ocasiones porque son menos evidentes: cuando existe acuerdo entre las partes - aún cuando éste sea contrario a una norma legal imperativa o válida en otras ocasiones - o si la propia ley impone reglas o establece limitaciones al contenido de los contratos. Estas dos referencias apuntan a aquellos contratos racistas, sexistas, sectarios, originados por la negativa a contratar (vender, emplear, ceder) aplicable a una persona en razón de su pertenencia o no-pertenencia a un segmento étnico, género, o confesión determinada. Estas cláusulas de empleo, raciales, étnicas o confesionales son ilícitas en los contratos. Sin embargo, existen determinados casos en los cuales la naturaleza religiosa, de género, racial o étnica de la oferta impone una cierta selección del co-contratante: un sacerdote puede exigir que su sacristán no sea ateo, por ejemplo. Existe también un equilibrio delicado a respetar, entre la libertad de conciencia individual y la libertad colectiva de la comunidad religiosa.

1.3.2.5 LIBERTADES PROFESIONALES

Resultan de algunas libertades que sólo se ejercen con motivo de una actividad especializada. Las mencionamos porque interesan principalmente otras áreas del derecho civil (derecho comercial, derecho del trabajo, derecho informático). Entre ellas mencionamos, la *libertad*, en particular, de *comercio y de industria* y el *derecho al trabajo*, que puede poner en peligro, por ejemplo, la *cláusula de no-competencia*, cláusula del contrato de trabajo por la cual un empleado se compromete, al momento del cambio de empleo, o en el caso que recibiera otra propuesta, a no crear una empresa competidora o no entrar al servicio de un empresario competidor.

El interés del empleador, que puede ser seriamente afectado, si el empleado aportara a terceros “secretos de fabricación”, “cartera de clientes”, “estrategia comercial” condujo a validar esta cláusula de principio, a condición que la prohibición sea temporal o, suponiéndola ilimitada en el tiempo, se limite en el espacio, a un determinado ámbito territorial.

La cláusula pudiera ser declarada nula, sin embargo, si la ejecución de la cláusula, pone en dificultades al empleado para encontrar otro empleo pues colisiona con su derecho al trabajo.

1.3.3 Igualdad civil

Libertad e igualdad son dos términos indisolublemente unidos en la fraseología política. Según Rousseau, sin igualdad, la libertad no existiría. Existe pues un principio de igualdad civil, como consecuencia del principio de libertad.

No debe confundirse este principio general con algunas normas especiales de igualdad, o algunas normas de igualdad especializada, que figuran también en el derecho civil peruano: particularmente, la norma de la igualdad entre acreedores; la norma de la igualdad sucesoria, en particular entre hermanos y hermanas en la sucesión de los padres (CCP. Art. 818). Estas normas particulares (sobre todo la última) guardan relación con el principio general: proceden de los mismos sentimientos y pueden contribuir a hacerlos más eficientes (el fraccionamiento de la propiedad

resultante de la igualdad sucesoria tiende a crear una igualdad de condiciones económicas, en la cual la igualdad de derecho se desarrolla más fácilmente). Pero para los objetivos de la presente obra, solo se tratará el principio general: a. *principio y límites*, a pesar de b. *las desigualdades* que el derecho legítima, y de c. *las discriminaciones*, que condena.

1.3.3.1 PRINCIPIOS Y LÍMITES A LA IGUALDAD CIVIL

El derecho civil moderno se basa esencialmente en el postulado que una persona física cualquiera es igual a cualquier otra persona física. Igualdad en derecho no significa necesariamente igualdad en los hechos. **La igualdad civil es la igual aptitud a gozar de los derechos civiles. Este principio ha sido recogido en el artículo 3, del CCP: “ Toda persona tiene el goce de los derechos civiles...”.**

Este espíritu de igualdad, es uno de los aspectos fundamentales que guían la ideología del Código, este espíritu no hace sino transponer al derecho civil uno de los axiomas de la Declaración de los Derechos Humanos de 1789. Para estimar la influencia de la Revolución Francesa, nos basta solamente compararlo con la isonomía de un Tratado moderno de derecho civil, la *división de las personas* que Pothier proponía en su Tratado de las personas y de los bienes (división en clérigos, nobles, gente del tercer estado y siervos, regnícolas y forasteros, personas que perdieron la vida civil o que la recuperaron, legítimos y bastardos, etc.)

De una concepción a otra, la distancia es inmensa, aún si se considera que los juriconsultos del antiguo derecho admitían una igualdad de derecho natural subyacente a las desigualdades de derecho civil y que inversamente, en el sistema moderno, el principio de igualdad supone múltiples excepciones.

1.3.3.2 LAS DESIGUALDADES LEGITIMADAS

Entre estas excepciones, algunas ya se encontraban en el derecho civil clásico del código de Napoleón; las otras se manifestaron al final del siglo XIX, en reacción contra los principios de 1804.

1.3.3.2.1 Excepciones al derecho civil clásico

Su existencia se explica histórica como racionalmente, formando dos grupos, de valor diferente.

1.3.3.2.1.1 Excepciones históricas

El código de Napoleón, deliberadamente infiel a los postulados de la Revolución, restauró dos desigualdades del antiguo derecho, tanto más evidentes cuanto ellas establecían diferencias en la persona desde y por el nacimiento. La primera, se refería a los extranjeros (Art. 11); pero fue atenuada al desarrollarse las relaciones internacionales, a pesar del empuje de los esporádicos nacionalismos. El otro afectaba a los niños naturales; pero fue abrogada tardíamente por la ley sobre la filiación (Art. 334) del 3 enero de 1972, aún cuando los derechos del niño adulterino sufren siempre una determinada reducción (cada menos económica que social) en los intereses del cónyuge y de los niños legítimos del autor

Con un carácter menos acusado - precisamente porque no se trata ya de desigualdades de nacimiento - existen otras discriminaciones, evidentes o implícitas en el Código y que la realidad nos recuerda aún el pasado de menosprecio persistente para las personas normales y corrientes: fijación del domicilio de dependencia impuesto a los criados, o por el marido, en el domicilio conyugal.

1.3.3.2.1.2 Excepciones racionales

No hay desigualdad, sino igualdad verdadera – decimos desde Aristóteles - al tratar desigualmente las cosas desiguales. Es por ello que puede afirmarse que algunas excepciones al principio de igualdad (puramente aparentes, desde un punto de vista filosófico) son racionales porque responden a la naturaleza de las cosas. Tal es el caso del sistema de incapacidades, que se traduce en desigualdades, pero basadas sobre datos naturales (edad, estado mental). Mucho tiempo se ha creído que se justificaba así mismo la incapacidad de las mujeres casadas, hoy corregida.

La idea de que las cosas desiguales deban tratarse desigualmente la encontramos en los mecanismos jurídicos corrientes. Así, en los procesos alimentarios, estos no se limitan a las necesidades mínimas fisiológicas del acreedor, sino toman en consideración la situación social del obligado. La responsabilidad civil es también un instrumento de diversidad y desigualdad en la apreciación de la falta; no se prohíbe a los jueces tener en cuenta el grado de cultura, la inteligencia, la experiencia del presunto responsable. De otro lado, los daños y perjuicios destinados a reparar el perjuicio corporal han sido establecidos sobre el lucro cesante resultante de la incapacidad laboral. Ahora bien, este lucro cesante es tanto más elevado cuanto la víctima se ubique más alto en la jerarquía o “status” social. En la valoración de la falta o delito de la víctima, en los accidentes de tránsito, los jueces tienen en cuenta la edad: joven o viejo, y la capacidad o limitación física.

1.3.3.2.2 Excepciones del derecho civil contemporáneo

Desde el final del siglo pasado, el derecho civil intenta deshacerse del atomismo del código de Napoleón. En oposición con los seres abstractos e intercambiables sobre los cuales razonaba la teoría clásica, el imperativo es normar sobre hombres y mujeres concretos, tomados en la realidad de su trabajo, de sus necesidades, de su situación familiar, etc. Dos conceptos: profesión y categoría social, son los instrumentos principales de esta diferenciación.

1.3.3.2.2.1 Profesión

Cada profesión aspira a tener sus propias normas de derecho, particulares, específicas, cuanto a la apropiación de los bienes que ella utiliza, a los contratos que suscribe, a la responsabilidad en la que incurre. Como ejemplos tenemos un derecho de arrendamiento, urbano: construido como rústico, o rural, los mismos que atentan contra el derecho común o general de arrendamiento e incluso contra el contrato en general; o, el de la responsabilidad de los médicos y sus matices jurisprudenciales, frente al problema de la responsabilidad en general, etc.

1.3.3.2.2 Categoría social

Cada vez más, los individuos tienen conciencia de pertenecer a una determinada categoría social, que los reagrupa en un conjunto de individuos sensibles de reivindicar ciertas ventajas o diferencias. Este resurgimiento de privilegios, interesa particularmente al derecho público: desgravámenes de impuestos, subvenciones, asignaciones, etc. Pero también el derecho privado, pues ciertas leyes constituyen fuentes de privilegios. Concebida para la protección de ciertas categorías sociales, de privilegios en su favor y, consecuentemente, de restricciones de derechos contra otros. Estas nuevas desigualdades, sin embargo, no tienen mucho de común con aquellas de la Colonia. Se establecen en interés de grandes grupos sociales, o del colonizador, o de segmentos. Tienen por objeto proporcionar derechos no por la fuerza, sino por compromisos o necesidades. Son desigualdades jurídicas compensatorias de desigualdades económicas, y destinadas a restaurar, aparentemente, una verdadera igualdad. Los ejemplos de jubilación anticipada de los marinos, militares, policías, mineros, bomberos, etc. son algunas de las muestras de esta categoría.

1.3.3.3 DISCRIMINACIONES

La referencia a la igualdad desaparece ante una fórmula negativa: la condena de las discriminaciones. La discriminación es una ruptura de la igualdad, pero por el rechazo de una categoría de personas ajenas al derecho común. Reprime ciertas maniobras negativas en la celebración de actos y contratos, en particular, cuando son inspirados por un móvil discriminatorio.

Ciertas de estas discriminaciones se deben al origen racial o étnico, al género, a las preferencias sexuales de la víctima (homosexuales, por ejemplo), de la situación familiar (casado, conviviente), de la pertenencia o no-pertenencia a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada. De allí, se puede inducir cuáles son, actualmente, para el legislador, los puntos más sensibles referidos a la cuestión de la igualdad. Pueden concebirse, sin embargo, otras discriminaciones, relativas a la edad, a la clase social o la situación económica.

2 DERECHO Y OBLIGACIONES DE LA PERSONA DIGITAL

Un sistema de identidad real o numérica se basa en identificantes que denotan la existencia o no de la persona física o moral, su nombre y apellido, domicilio, fecha y lugar de nacimiento, número de seguridad social,...

Actualmente el sistema de identidad digital de la persona se encuentra confrontado a un diseño aleatorio resultante de la intervención de las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones y de su regulación por el derecho.

En el mundo real los identificantes fundamentales de la persona están enmarcados por el derecho. En el mundo virtual, la persona parece desligarse, liberarse de obligaciones jurídicas y administrativas vinculadas a su identidad real para crear sus propios identificantes virtuales o numéricos.

Los identificantes virtuales pueden definirse como otros tantos signos que caracterizan a un individuo, parcial o totalmente, definitiva o temporalmente en el mundo numérico, digital, virtual.

Entendemos por identificador virtual todo aquel atributo clásico de la personalidad: prenombrados y apellidos, dirección, fecha y lugar de nacimiento, números de seguridad social, ...que se atribuye a la persona y que tratados mediante herramientas tecnológicas (programas informáticos, ordenadores, redes,...) son puestos a disposición del público.

Los atributos clásicos pueden corresponder tanto a una identidad real como a una identidad virtual, la misma que puede ser instituida a partir de diversos elementos de los cuales se dispone o han sido adquiridos.

La definición de identificantes virtuales o alfanuméricos comportan para la identidad digital dos exclusiones: los objetos y los sujetos virtuales o avatares, Aun si la tendencia pareciera indicarnos que Internet se conectará cada vez más a objetos, o incluso a sujetos, véase robots, atribuyéndoles una dirección del tipo Protocolo Internet, o dirección IP.

Reconocemos que todo objeto y sujeto virtual no tiene voluntad propia y no constituye *per se* un sujeto de derecho. Por el contrario, ellos

apelan a un tercero que asegura bajo su responsabilidad el título de tutor o guarda.

En la sección precedente afirmamos que la *Summa divisio* romana, al clasificar la persona por el derecho civil, distinguió a las personas de las cosas, y a la persona física de la persona jurídica o moral; uno y otro sujetos de derechos y de obligaciones. El derecho civil incluye el estudio de las personas físicas (personalidad, limitaciones), y el estudio de la persona jurídica o moral (constitución, derechos, término).

Dijimos también que la persona física es la persona por excelencia, el individuo, el ser humano, físico, tal como es tomado en cuenta por el derecho. El derecho civil clásico solo ha definido algunos rasgos de este conjunto: su personalidad y sus limitaciones. Una visión integral de la persona física comprenderá jurídicamente, su personalidad física, redun- demos: aquellos rasgos característicos que le son propios: su existencia, su individualidad, sus atributos como sus limitaciones: tutela, curatela.

La persona jurídica o moral comprendería, el estudio de su persona- lidad moral: clasificación, distinción entre su personalidad moral y situa- ciones de apariencia similar; el régimen de la personalidad legal : constitu- ción, funcionamiento, disolución, y la naturaleza de la personalidad moral.

Los nuevos conocimientos científicos y tecnológicos de los cuales disponemos hoy nos permiten de aproximarnos más aún al análisis de conjunto que estas dos personas representan. Obviamente, somos cons- cientes que la regulación de estas nuevas figuras jurídicas por el derecho en los países desarrollados se encuentra mucho más avanzada que en los países emergentes, o “países en vía de desarrollo” como en el caso de Perú, pero ello no oblitera esbozar algunos aspectos que podrán ser to- mados en cuenta en los lineamientos de política y legislativos nacionales.

La personalidad ha sido concebida como la concurrencia de una se- rie de derechos innatos, derivados de la propia naturaleza de la persona, entre ellos, la virtualidad de ser titular de derechos y obligaciones civiles.

La persona pasa de ser una suma de derechos para convertirse en un centro de imputación de derechos otorgados o negados por el ordena- miento jurídico, es decir, un receptáculo abstracto, capaz de asumir toda

clase de derechos. Es igual potencialmente, a cualquier otra personalidad, en cuanto cualquier persona, física o jurídica, es capaz de adquirir toda clase de derechos: la personalidad es sólo una manifestación especial del hecho de ser persona. Por esa razón puede decirse: se es persona, se tiene personalidad, ella es innata, primero, a la condición de ser humano, luego por antropomorfismo, es extensible a las personas jurídicas. Podemos concluir así que el concepto de personalidad jurídica es coincidente con el de capacidad jurídica - siempre desde una perspectiva estrictamente jurídica - aunque aquél es presupuesto de ésta.

2.1 Existencia

Dijimos anteriormente que la existencia del cuerpo humano está condicionada por datos e informaciones biológicas sobre su constitución psico-física. La presencia o ausencia de estos elementos permite certificar la existencia o no de vida, la muerte, a través de la manifestación de *signos vitales*, que evidencian su certeza en uno u otro sentido. Entre la vida o la muerte, la no presencia física, subraya la incertidumbre entre uno u otro estado.

Definimos la noción de existencia, de vida, de la persona humana, relacionando operativamente existencia biológica de la persona, integridad psico-física e integridad moral.

La existencia biológica de la persona, como supuesto al derecho a la vida, a engendrar, y mantener la existencia, a la subsistencia y a la trascendencia. La integridad psico-física se asocia al derecho a la incolumidad. El derecho a la integridad moral representa la intangibilidad de la dimensión moral de la persona: honor, imagen,...

Igualmente, definimos precedentemente la noción de muerte, como el fin de la existencia humana, aun cuando este estado no representa el fin definitivo de los derechos ni los deberes adquiridos por el difunto.

Finalmente, entre la vida y la muerte, la no presencia física autoriza al derecho, a regular los estados correspondientes al alejamiento, la ausencia o la desaparición.

Si los datos e informaciones biológicos del cuerpo humano condicionan en el mundo real la existencia de una persona física a través de sus signos vitales - incluyendo la incertidumbre de su no presencia física – la consecuencia lógica es que los derechos y obligaciones creados deben ser constatados, puestos en conocimientos y registrados ante el poder social: el Estado y terceros.

En el ámbito virtual, la personas no reúnen las mismas condiciones para acreditar su existencia. Ninguna de las hipótesis planteadas: existencia o no de signos vitales, o no presencia física, son obstáculos para crear o hacer reconocer una existencia virtual. Ella es creada por la propia persona física (en vida), (o por las personas jurídicas vía sus propietarios o representantes, durante su vigencia institucional o no; prolongando su personalidad después de muerta aquella: protección póstuma; o antes de la liquidación en ésta) por terceros personas físicas sin ninguna relación con las originales. La creación no se limita a una o a varias entidades virtuales, de una o varias nacionalidades, o de uno u otro género. Tampoco le son aplicables las condiciones de reconocimiento: constatación de estos hechos, su puesta en conocimiento y su registro por el poder oficial porque su creación ni su control depende de ellos.

La constatación, puesta en conocimiento y registro dependen de personas jurídicas privadas: proveedores de acceso Internet, proveedores de acceso telefónico, ICANN,...

2.1.1 *Cuerpo humano*

El cuerpo humano NO ES MAS EL ELEMENTO *esencial* de la persona humana.

Ni representa menos desde el punto de vista **sociológico** o **espiritual** el elemento principal de la formación y de la existencia de la **sociedad real**, pero tampoco se encuentra marcado por el:

- rasgo de la colaboración para la subsistencia entre los individuos
- frente a una mejor provisión fisiológica de otros animales, o
- al desafío del medio natural.

Tampoco representa un elemento sagrado, de enlace **espiritual**, entre los hombres y Dios.

Ninguna de las dos representaciones reales determinan en adelante ningún tipo de **prohibición**, restricción a la voluntad, propia o de terceros **pero si sobre su representación en el ámbito virtual**. En ese ámbito, el cuerpo humano no es la esencia de la persona digital, y es absurdo pensar en una figurada finalidad comercial puesto que el cuerpo humano no existe. Lo que si existe es la representación virtual de la persona humana y su probable finalidad comercial basada en los mismos principios reguladores del cuerpo humano, pero ahora mediante signos numéricos o digitales de aquello que podemos considerar como la esencia del «cuerpo virtual», tanto del punto de vista sociológico como espiritual. Esta imagen virtual de la persona es sensible de ser protegida, y de exigir las reparaciones por los daños o perjuicios causados.

La existencia virtual se basa entonces en signos numéricos o digitales: impulsos electromagnéticos, representaciones alfanuméricas, sonoras, gráficas, visuales, táctiles...; que operan como los signos vitales en el caso de la identificación de la persona física. La sociedad o la propia persona han ido creando estos para erigir una o varias identidades virtuales, siguiendo la misma doble acción del mundo real de identificar o identificarse.

Estos signos numéricos o digitales son de naturaleza inmaterial y diferente de los signos vitales reales, concretos que evidencian la certeza de la existencia o la muerte de una persona física cuyos datos e informaciones se encuentran contenidos en los documentos oficiales de identidad.

En el ámbito digital, los títulos de identificación, los documentos en los cuales se portan, son expedidos por entidades que registran la existencia virtual de las mismas ante quienes se identifican.

La indocumentación de la persona física o jurídica constituye la falta de título en el cual se encuentran contenidos los datos e informaciones de la persona: partidas de nacimiento, de defunción, documento nacional de identidad, minutas de constitución de empresas, registro de comerciantes,... en el mundo virtual consistirá en la ausencia de los signos electromagnéticos, certificados digitales, ...

El identificar supone entonces - tanto en el mundo real como virtual - comprobar la existencia material o virtual de una persona, física o jurídica que se conoce o se conoció. Contrariamente, la no identificación es la ausencia de información, contenida o no en documentos oficiales o privados, en el ámbito digital cuya falta priva al titular o a sus titulares del ejercicio de sus potenciales derechos como al cumplimiento de determinadas obligaciones. La individualización de la persona real o virtual se presenta así como un cierto número de signos, rasgos, identificantes, que sirven para distinguir una persona de otra.

La Constitución, el código civil, el código procesal civil, el código de comercio, o las principales instituciones regulatorias de identidad y de individualización de las personas físicas y jurídicas, poco han instituido en materia de identidad numérica o digital. Ni menos el derecho administrativo ha sido capaz de materializar lo poco instituido en cierto número de documentos en los cuales se portan estos signos, rasgos o identificantes virtuales, ni menos han previsto su consecuencia lógica: los derechos y obligaciones creados y ejercidos en la existencia virtual son constatados, puestos en conocimiento y registrados ante el poder social.

2.1.1.1 DISPOSICIÓN DEL PROPIO INDIVIDUO

El derecho regula la finalidad no comercial del cuerpo humano. Sin embargo, hay muy poco instituido sobre la **representación del cuerpo humano**. Incluyendo determinadas opciones personales o incitativas de terceros - toleradas o no manifiestamente prohibidas por el derecho - desnaturalicen estos principios. (Prostitución, venta de datos personales actualmente...).

2.1.1.2 AMENAZAS Y VIOLACIONES POR TERCEROS

Las reglas de derecho disponen que ningún individuo pueda ser obligado a sufrir ningún tipo de amenaza ni violación de su cuerpo. Y *contrario sensu*, todo individuo sobre el cual pende una amenaza o violación, puede ser indemnizado por los perjuicios causados a su cuerpo. Los daños corporales incluyen los daños materiales y los daños morales.

La hipótesis que se plantea es si es posible la amenaza o violación no del cuerpo de la persona si no de su representación? Aparentemente, determinados autores asocian la representación del cuerpo humano al derecho patrimonial de representación presente en el derecho de autor.

2.1.2 Existencia propiamente tal

La finalidad del derecho sobre la **existencia biológica** de la persona supone proteger la existencia plena y digna de todos los seres humanos. La existencia virtual no aspira al derecho a la vida, a engendrar y a mantener la existencia, el derecho a la subsistencia de manera global y el derecho a la trascendencia.

Tampoco aspira al derecho a la **integridad psico-física** o derecho a la incolumidad, el derecho de la persona a conservar su estructura psico-física de forma íntegra, de manera tal que pueda hacer interactuar, lo más plenamente posible, todos los elementos y órganos que la componen, manteniendo su existencia dentro de ciertos márgenes de viabilidad y de dignidad. Tampoco plantea problemas fundamentales relacionados a la integridad corporal, a la libre disposición de la persona, de su cuerpo, de sus órganos; o frente a terceros, cuanto a la tortura, a las penas crueles, inhumanas o degradantes.

Sin embargo, se mantiene un derecho a la **integridad moral** representada por la intangibilidad de la dimensión moral de la persona humana: honor, imagen, intimidad... y la consiguiente exigencia de su protección efectiva.

2.1.2.1 NACIMIENTO

La creación de la identidad digital mas que su nacimiento no proviene de un hecho físico, sino de la voluntad del interesado o de terceros, quien acepta los términos y condiciones de los proveedores de servicios de nombres de dominio, de servicios de Internet, de Telefonía y ante los cuales declinan sus identificantes, oficiales o no. Los proveedores ponen en contrapartida a disposición del interesado una serie de elementos de

identificación y obligan al respeto de sus normas de gobernanza nacionales o extranjeras previstas por estos efectos mediante contratos, mayoritariamente de adhesión.

2.1.2.2 MUERTE

Encarna el fin de la vida, el fin de la existencia humana, el mal absoluto para el prójimo del fallecido, para aquellos que lo amaban o de los cuales aseguraba su sustento o bienestar. Los daños causados por un tercero a la persona generan un derecho a daños y perjuicios a reparar por el perjuicio afectivo o material causado.

Aquí se presentan, mas que afirmaciones, una serie de hipótesis referidas a la muerte y a la identidad virtual. Si como hemos visto antes la creación mas que el nacimiento de la identidad virtual es el resultado de la voluntad del interesado como de terceros, la muerte dependerá de ellos, Y/O de aquellos proveedores de servicios para adquirir esta? Pero también podrán gozar del derecho a daños y/o perjuicios previstos para la persona humana en caso de amenazas o violaciones respecto de la representación de la identidad digital?

También se reconocería un derecho a una cierta prolongación de la personalidad virtual después del cese de su creación, si la asemejamos a la muerte: protección póstuma de la persona (Delitos contra el honor: injurias, difamación contra la memoria del «difunto») como un reconocimiento de su voluntad o de disposición de su producción. (Poder de manifestación de voluntad más allá de la muerte o del trabajo producido: ejecución testamentaria, creación de una fundación; o explotación de derechos intelectuales, por ejemplo)?

2.1.2.3 CONSECUENCIAS

La muerte como antes la existencia deben ser puestos en conocimiento del poder social, del Estado y de terceros, al mismo tiempo que constatarse y registrarse este hecho.

Entre la vida y la muerte existe una constante física: la evidencia del cuerpo humano o del proyecto viable, el cadáver de un lado, el neonato del otro. Entre estos dos estados, el derecho plantea al menos tres presunciones sobre estados intermedios entre el nacimiento y la muerte, vinculados a la no presencia del cuerpo humano y a la manifestación o no de sus voluntades: el **alejamiento**, la **ausencia** o la **desaparición**. Estas hipótesis generan incertidumbre cuanto a la existencia de la persona, o la imposibilidad de respuesta a la demanda del derecho, y deben ser resueltas por éste.

2.1.3 No presencia física

2.1.3.1 ALEJAMIENTO

La noción de alejamiento no se encuentra presente en todos los códigos civiles del derecho positivo, en todo caso no se encuentra sistematizada como condición legal en el código peruano. Por alejamiento se entiende una serie de situaciones a las cuales se les aplica por extensión, es el caso de los *no presentes*, los *silentes*, los *ilocalizables*.

- Los *no presentes* corporales son aquellos que *no se encuentran presente personalmente*, en cuerpo, *intuitu personæ* pero pueden manifestar su voluntad, expresándola a distancia, por medio de representante o por medios físicos o técnicos. Los actos y contratos a distancia, electrónicos o informáticos, son algunas de las formas de expresión actuales, las cuales ocupan una forma expectante en la formación, ejecución, circulación, terminación o arreglo de diferendos de los mismos.
- Los *silentes* corporales se dice de aquellas personas cuya existencia ni residencia son inciertas o dudosas pero rehúsan toda comunicación o convocación, aún cuando en los procesos su no-respuesta pudiera equivaler a la formación de prueba.
- Los *ilocalizables* pueden presentarse bajo dos formas: la primera, corresponde a aquellos que partieron sin dejar dirección, sin

que se encuentren necesariamente en peligro de muerte, que eventualmente pueda ser considerado como comportamiento ilícito si supone incumplimiento de obligaciones. O, la segunda, aplicable a aquellos que se encuentran alejados por fuerza mayor, sin posibilidad de comunicación de efectos jurídicos. (Secuestro, ocultamiento, ...)

2.1.3.2 AUSENCIA

La ausencia puede ser definida como la **condición legal** de paradero desconocido de una persona. Esta puede asumir dos aspectos o fases: ausencia presunta y ausencia declarada. El código civil peruano considera que para la primera, deben transcurrir dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido. En la segunda, al término del plazo fijado en la ausencia presunta, cualquier persona que tenga legítimo interés para obrar, o el Ministerio Público, pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.

2.1.3.3 DESAPARICIÓN

Se entiende por desaparición, aquello que estaba y luego ya no, o que no se muestra, o no aparece, o que no es posible captarlo por los sentidos; en el caso específico de una persona, este proceso más que un estado, permite de iniciar los trámites policiales, judiciales tendientes a la declaración de deceso, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público. El legislador peruano se planteó tres hipótesis para el inicio del proceso:

- en función de los términos de la desaparición o de la propia edad del desaparecido;
- de las condiciones de la desaparición, o de la certeza de muerte sin hallazgo o reconocimiento del cadáver.

2.2 Identidad e Individualización

Identidad

La identidad es un derecho-obligación que tiene cada sujeto para el ejercicio de éstos, entre ellos, diferenciarse de los demás, para permitir y establecer su condición de ser individual; como para las tareas de tutela y administración de la autoridad pública. La identidad, el ser “yo mismo” y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus antecedentes y sus condicionamientos, rebasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida como el ser mismo. No es algo acabado, finito, sino que ella se crea en el transcurrir del tiempo, con el tiempo. Se enriquece y se empobrece, se modifica.

Los atributos y características que en su totalidad definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior. A través de ellos se tiene una primera e inmediata visión del sujeto. Entre ellos cabe señalar algunos signos distintivos, como podrían ser el apellido, el pseudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás. La persona se identifica de manera inmediata por estos atributos.

La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de sus pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos que se exhiben en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados a la posición profesional, religiosa, ética, política, asociados a los rasgos psicológicos de cada sujeto. Es todo lo que define la personalidad proyectada hacia el exterior.

Es, en síntesis, el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal” que cada cual consiente. La identidad personal se pre-

senta así como un preponderante interés existencial que merece tutela jurídica. Es una situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene todo el derecho de ser representado fielmente en su proyección social. Tiene derecho a que se le conozca y defina en su “verdad personal”, tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser “él mismo” y no “otro”. El derecho a la identidad supone la exigencia del respeto de la propia biografía, con sus luces y sus sombras, con lo que exalta y con lo que degrada. Ante el derecho de la persona, se yergue el deber de los demás de respetar la “verdad” que cada cual proyecta, de modo objetivo, en su vida de la relación social.

Nombre

El nombre en sentido amplio (nombres y apellidos) sirve a designar, a identificar a una persona física. La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil.

Dos hipótesis se plantean en el uso de esta identidad numérica nominativa, en relación a las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones:

La primera, 1. Si el nombre patronímico, identidad real, permite en el mundo virtual de identificar a una persona individualizándola en el tiempo, siguiendo una línea de filiación ascendente/descendente; 2. mediante la atribución de un nombre por vía colateral en el caso de matrimonio; o aun 3. en el cambio de nombre por adopción o naturalización?

La segunda, 1. Si el nombre, identidad numérica adoptada para el mundo virtual, permite de identificar a una persona individualizándola en el tiempo, según una línea de filiación ascendente/descendente, 2. mediante la atribución del nombre por vía colateral en el caso de matrimonio, o aun 3. en el cambio de nombres por adopción o naturalización?

- **Nombre patronímico identidad real en el mundo virtual.**

Nada impide que el nombre patronímico, identidad real, permita identificar a una persona individualizándola en el tiempo, a condición que

los datos consignados en el mundo virtual: 1. coincidan *exactamente* con aquellos que detenta en el mundo real; o 2. en el caso de uso de pseudónimos y anónimos estos coincidan con los identificantes del nombre real registrados o aquellos que los detenten sean notorios. Y en cualquiera de los dos casos, se asocie a estos el signo arrobas (@), el nombre de dominio y la extensión pertinente. Pero ello no significa que este nombre proveniente del mundo real y regulado por las autoridades públicas sea un nombre virtual oficial. El reconocimiento de los nombres virtuales se efectúa por una Asociación ICANN directamente o a quien ella delego este encargo

Otros identificantes nominativos provenientes de la personalidad real - sensibles de devenir identificantes virtuales -: voz, imágenes, ubicación domiciliaria; arborescencias genealógicas, actos administrativos, notariales o jurisdiccionales de matrimonio, adopción o naturalización, pueden ser asociados al nombre real pero sin que ello amenace o lesione la privacidad o intimidad de la persona, el secreto profesional, intelectual o empresarial y bajo el doble supuesto de ser voluntario o a exigencia motivada de la autoridad pública para la propia administración pública o en los casos de defensa y seguridad nacionales.

En el caso contrario, será materia de diferendo, usurpación principalmente, si la identidad virtual nominativa no coincide exactamente con el nombre patronímico real, ni existen los identificantes que permitan vincular éste con el pseudónimo o anónimo, ni existan otros identificantes adicionales – voluntarios o facultativos - que completen éste, o los que existan no tengan la calidad y la licitud requeridos; planteándose similares problemas a aquellos de homonimia en el mundo real.

Finalmente, a estas exigencias deben agregarse formalidades técnicas previstas por el ICANN: signo arrobas (@), el nombre de dominio y la extensión pertinente para la formación de la identidad nominativa virtual.

- **Nombre o identidad numérica adoptada para el mundo virtual.**

El nombre o identidad numérica que adopte la persona física en el mundo virtual es ilimitada, siempre y cuando respete las normas previstas por el ICANN, y los criterios de gobernanza en Internet. Puede tam-

bién constituir un derecho y una obligación si la regulación aplicable al ámbito virtual se ajusta exactamente al mundo real y si la autoridad pública lo ha normado así.

Constituirá un derecho si éste rasgo de su identidad le ha sido atribuido por la autoridad pública para llevarlo, designándose o haciéndose designar en cada acto de su vida; constituirá una obligación, si aquel que lo porta, puede ser compelido por la autoridad pública a responder bajo ese nombre, y asume responsabilidades por este llamado. También, en el caso que la propia persona, decida designarse o hacerse designar si debiera asumir las consecuencias jurídicas de sus actos, salvo, obviamente, acuerdo privado inter pares. Como es igualmente válida la firma manuscrita en la identidad numérica - definida como representación del nombre escrito de la mano del interesado - y asociada a las regulaciones de la firma digital. Bajo esta forma, aparece como un medio puesto a disposición por el derecho informático, para expresar la personalidad y la voluntad del sujeto digital y para convertir un escrito material o virtual en un acto jurídico, de la misma validez que una firma manuscrita en un instrumento físico.

Las libertades reguladas en el porte del nombre: usos del pseudónimo y del anónimo, aceptados en las expresiones artísticas y literarias, y ampliamente extendidos en las comunicaciones virtuales, aportan una complejidad mayor al tema de la identidad numérica. Particularmente, si las autoridades públicas no han regulado estos, o no han previsto la protección de los rasgos de carácter nominativo a las identidades numéricas.

En ambas hipótesis: el nombre, considerado como atributo de la personalidad de un individuo o un aspecto de su estado familiar, puede ser: *reclamado* de poder ser llevado, por aquellos que han perdido el uso o pretenden asumirlo; o *contestado*, contra quienes lo portan indebidamente. Está claro que es ante el ICANN que pueden incoarse estas causas.

2.2.3 Ubicación

Precedentemente afirmamos que una persona determinada puede ser vinculada a un espacio físico, una ubicación a través del domicilio y

específicamente de su residencia; afirmamos también que el domicilio corresponde a la localización jurídica de la persona en un espacio y que este elemento constituye otro rasgo de individualización de una persona. La interrogante que nos planteamos en este aparte: es si éste mismo criterio puede ser aplicado a una ubicación virtual?

El domicilio y la residencia corresponden a la localización jurídica de la persona en un *espacio físico*, con el propósito de ubicarlo, clásicamente, en un *territorio*. Este criterio sedentarista ha dado paso a un nomadismo creciente - inclusive de los objetos - que modifica los criterios de domicilio, morada o habitación de vocación permanentes, habituales o estacionales por el uso de las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones y por el derecho al regular éstas. Los juristas como los técnicos están tratando de redefinir los criterios de identidad virtual cuanto a la ubicación de la persona, física o jurídica, en el espacio; no solo cuanto al *interés social* que la ubicación y el domicilio tienen sino también cuanto a sus *características*, a las *reglas de su determinación* y a su *protección*.

2.2.3.1 DOMICILIO

El domicilio, y específicamente la residencia, vinculan una persona a un espacio físico, a una ubicación. El domicilio corresponde a la localización jurídica de la persona en un espacio. El propósito es de ubicar a la persona en un territorio, en un lugar, en un punto preciso. Este elemento constituye otro signo, otro rasgo de individualización de una persona. La mayor parte de los hombres han devenido sedentarios, cada cual habita en un lugar, solo o con su familia, y si se aleja, es con el ánimo de retornar.

Los conceptos de domicilio, utilizados antiguamente como elemento abstracto y rígido, y residencia: como concurrente hoy en día de domicilio de manera específica, concreta y flexible, nos dan una idea más precisa del lugar *donde reside habitualmente* una persona.

El domicilio puede ser definido entonces como el lugar donde una persona tiene su morada, su casa (Del latín *domicilium*, de *domus*, casa). La residencia es el lugar donde preferentemente habita, se encuentra.

El derecho ha hecho del domicilio un lugar o espacio de interés social del individuo, pero también ha fijado sus características, las reglas de su determinación y de su protección.

2.2.3.1.1 Interés social

El *interés social* de este espacio estriba en su designación, su ocupación por las personas físicas y jurídicas para el ejercicio de sus derechos y deberes públicos como civiles, lo mismo que el cumplimiento de sus obligaciones. Es entre estas dos funciones: de localización de un domicilio, de dimensiones específicas, lugar de presencia permanente de una persona, de un lado, y como ámbito de competencia en el ejercicio de una autoridad, del otro, que se establecen las funciones del domicilio.

El ejercicio de los derechos y deberes públicos, se materializa vía la fijación de los domicilios electorales, fiscales, administrativos. El ejercicio de los derechos y deberes civiles, se concretiza por medio de los intereses procesales. Uno como el otro puede ser visto desde una perspectiva más amplia como un conjunto de derechos-deberes, en el cual el domicilio tiene por función vincular una persona a la competencia geográfica de una determinada autoridad (administrativa, jurídica, electoral).

Si tomamos en cuenta los deberes públicos, estamos obligados a utilizar los domicilios electorales, fiscales o administrativos reales previstos por las autoridades públicas, como cada vez más dirigirnos a las direcciones virtuales que estas generan. La autoridad no se plantean en estos casos si los obligados cuentan con los medios técnicos, culturales o económicos para asumir estas obligaciones aunque hasta el momento el uso de uno u otro sea alternativo. La recíproca, el ejercicio de los derechos públicos de los candidatos/electores, contribuyentes o ciudadanos dirigidos a los domicilios virtuales de las autoridades públicas no es equivalente. Y no podría serlo porque si bien todas las autoridades poseen un domicilio real, no todas cuentan con domicilios virtuales, no han sido integrados estos procedimientos en los trámites administrativos los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), o no poseen los medios para asumir las mismas exigencias técnicas, de personal,...

Del lado de los derechos y deberes civiles, cuyo principal interés es el procesal, si bien pueden serles aplicados, *mutatis mutandis* los mismos criterios esbozados para los derechos y deberes públicos, podemos adiccionales dos otros rasgos: el primero, relacionado con el impulso de la acción procesal y la naturaleza de ésta: pública o privada. El segundo, está vinculado a las notificaciones y a los correos no deseados (Spam).

- ***El impulso procesal proveniente de una acción pública.***

El interés de la autoridad administrativa o jurisdiccional – incluyendo al Ministerio Público, víctimas o parte civil - es que los plazos y términos previstos en las normas adjetivas se cumplan en los plazos previstos estrictamente. Si es posible, aquella parte en la cual recae el impulso procesal intentara identificar a los responsables y utilizar los medios apropiados puestos a su disposición para establecer contacto rápidamente con los justiciables; un elemento capital para ello es conocer y servirse de la dirección virtual cada vez más frecuentemente que de la dirección real. Obviamente, los procesos de impulso procesal privado, pueden ser igualmente asimétricos, aunque la ausencia de una autoridad pública, como parte en la litis, podría suponer una presión procesal y mediática más ligera.

- ***Las notificaciones y el correo no deseado, (Spam)***

La notificación desde o hacia una dirección virtual en la cual intervengan la autoridad pública de un lado y los abogados, notarios, peritos, fedatarios, árbitros, conciliadores, de la otra; puede tener - al menos - dos tratamientos: los domicilios postales pueden ser administrados individual o corporativamente y la responsabilidad deberá establecerse, obviamente, en uno como en otro caso. Puede agregarse una complejidad mayor cuando existen convenios o normas institucionales que facilitan o impiden una comunicación directa de emisión-recepción de mensajes a los domicilios virtuales de la autoridad pública, los colegios profesionales o asociaciones que los representan y los miembros o asociados a éstas, por ejemplo.

En el caso de los correos no deseados o Spam, las direcciones virtuales desde las que se envían-reciben correos electrónicos, mensajes de

texto, imágenes o mixtos están reguladas por normas jurídicas y técnicas en la materia. Estas normas establecen el marco para que los mensajes puedan arribar o no a destino, y las consecuencias civiles o penales que puedan derivarse de éstas.

2.2.3.1.2 Características

El domicilio real, es otro de los elementos de individualización de las personas, el mismo que utiliza determinadas referencias y garantías. De éstas, se extraen sus principales características: debe ser obligatorio, fijo y único. Sin embargo, las nuevas tecnologías relacionadas a la informática y las telecomunicaciones modifican éstas al aplicarlas al domicilio virtual, y según se trate de persona física o jurídica.

2.2.3.1.1.1 Domicilio es obligatorio

El domicilio real establecía una distinción importante entre el domicilio de los nacionales y el de los extranjeros. Mientras al primero, le acordaba, en orden alternativo, el domicilio real, la residencia o el domicilio de origen; el segundo, podía designar su domicilio en el país de su residencia –siempre y cuando se encuentre en posesión de un título de estadía – o pueda atribuírsele el *domicilio de nacionalidad*.

El domicilio virtual quiebra ambas afirmaciones, no es más el espacio físico el criterio determinante para la fijación del domicilio sino el criterio técnico: el número de Protocolo Internet o número IP. Ni existe una autoridad pública nacional o mundial que regule, vele, controle u obligue a la existencia o no de éstas; ni menos el ICANN, hasta ahora, plantea utilizar los criterios de domicilio real, residencia, domicilios de origen o domicilios de nacionalidad como criterios de fijación del domicilio virtual.

2.2.3.1.1.1.1 Nacionales

Toda persona tiene en principio un domicilio y, si no lo tiene, la autoridad administrativa intenta atribuirle uno.

Cuando no se puede determinar cuál es el domicilio de una persona, se recurre a menudo a su residencia; pero cuando no se puede determinar ni su domicilio ni su residencia, se recurre al concepto de *domicilio de origen*, es decir, aquél que tenía la persona al momento de su nacimiento y que supuestamente ha conservado mientras no haya manifestado la intención de cambiar.

2.2.3.1.1.2 Extranjeros

En principio, un extranjero puede designar un domicilio en el país en el cual reside, con apenas algunas formalidades. A lo sumo, y según algunos autores, el extranjero deberá encontrarse en posesión, esencialmente, de un título de permiso de residencia en regla.

La cuestión puede plantearse para los extranjeros quienes se interrogan si de verdad están domiciliados en un determinado país? Para ellos, en múltiples jurisprudencias internacionales se ha logrado decantar el concepto de *domicilio de nacionalidad* que puede ser definido como “toda residencia efectiva que presenta un carácter estable y permanente, que coincide con el centro de los lazos familiares y de las ocupaciones profesionales”. El concepto de domicilio de nacionalidad debe permitir establecer la intención definitiva de instalarse en un país.

2.2.3.1.1.2. Domicilio es fijo

El principio y la excepción de las características de domicilio fijo estaban basadas en su inmutabilidad pero contenían una excepción: su posibilidad de cambio. Sus condiciones y requisitos se apoyaban en un elemento material y en otro volitivo, como las pruebas de su conservación o de cambio, se determinaban por las formalidades de realizar o no éste, y por su calificación final.

En el domicilio virtual todas las consideraciones en las cuales se sustentaba el domicilio fijo son cuestionables: uno de los elementos determinantes en la fijación del domicilio virtual es el DNS, o Sistema de Nombre de Dominio, el mismo que presenta una nomenclatura jerárquica

para computadoras, servicios o cualquier recurso conectado a Internet o a una red privada. Este sistema asocia información variada con nombres de dominios asignado a cada uno de los participantes. Su función más importante, es traducir (resolver) nombres inteligibles para los humanos en identificadores binarios asociados con los equipos conectados a la red, esto con el propósito de poder localizar y direccionar estos equipos mundialmente. El servidor DNS utiliza una base de datos distribuida y jerárquica que almacena información asociada a nombres de dominio en redes como Internet. Aunque como base de datos el DNS es capaz de asociar diferentes tipos de información a cada nombre, los usos más comunes son la asignación de nombres de dominio a direcciones IP y la localización de los servidores de correo electrónico de cada dominio.

La asignación de nombres a direcciones IP es ciertamente la función más conocida de los protocolos DNS. Por ejemplo, si la dirección IP del sitio FTP de prox.mx es 200.64.128.4, la mayoría de la gente llega a este equipo especificando ftp.prox.mx y no la dirección IP. Además de ser más fácil de recordar, el nombre es más fiable. La dirección numérica podría cambiar por muchas razones, sin que tenga que cambiar el nombre.

Ello presenta ya dos diferencias : el abandono de las referencias geográficas por referencias binarias y el control de los mismos por la autoridad nacional en favor de proveedores de servicios privados.

2.2.3.1.1.3 Domicilio es único

El principio de la unidad del domicilio de las personas físicas se justifica incluso por la definición del domicilio: sede legal de la persona. En el mundo digital, una misma persona digital tiene actividades de importancia similar en ámbitos distintos y este principio sufre excepciones o atenuaciones.

Con mayor razón, el principio aplicable a las personas jurídicas quienes tienen su domicilio en la sede social designada en sus escrituras o estatutos. Este domicilio se refuerza se torna mas interesado, y en el peor de los casos ficticio: una empresa o comercio que desea obtener una

determinada nacionalidad para beneficiarse de ventajas fiscales, financieras, fija interesada o ficticiamente su domicilio social en esa región o país. Ahora menos que nunca podrá resolverse los problemas definiendo al domicilio como un debe ser *domicilio social real*, es decir, aquel lugar donde se encuentra el establecimiento principal de la empresa, su dirección administrativa y comercial.

En el domicilio virtual no se aplican los principios de domicilio real único para las personas físicas ni para las personas jurídicas por que no existe obligatoriedad de fijación de domicilio, no existe una autoridad pública nacional que las asigne o regule; tampoco porque son personas virtuales ilimitadas, es decir, que puede ser inconmensurable el número de personas virtuales que allí “residen”; como ilimitadas serán sus direcciones. También por los principios de regulación y estímulo del ICANN de aceptar varios nombres de dominio –uno de los elementos decisivos en la formación de las direcciones virtuales; o inclusive por el rol complementario en la asignación de nombre de dominio desempeñado por instituciones nacionales, administradoras de nombres de dominio geográfico: la Red Científica Nacional en el caso peruano.

2.2.3.1.3 Reglas de su determinación

El principio es que el domicilio real obedece a reglas que lo determinan: la voluntad privada y la ley; coexistiendo ambos, domicilio voluntario y domicilio legal.

2.2.3.1.2.1 Domicilio voluntario

Posee dos variantes: la primera, constituida por los centros de interés de la persona, física o jurídica; la segunda, elegida convencionalmente por la propia persona sometiéndose a la competencia de una autoridad judicial, o para designar representante, procurador, mandatario...

Ambas variantes pueden subsistir. El problema radica en el interés de las personas de persistir en los centros - valga la redundancia - de in-

terés; y su sometimiento a la competencia o la imposición de la autoridad judicial.

El segundo problema es la defensa del domicilio digital del interesado, aceptando o rehusando éste cuando lo reclame la autoridad.

2.2.3.1.2.2 Domicilio legal

El domicilio legal, es aquel que la ley atribuye de oficio a una persona, debido a su dependencia respecto de un tercero, o debido a su profesión para facilitar algunos actos jurídicos. Existen dos tipos, igualmente, el domicilio de origen y el domicilio de dependencia. El domicilio de origen, está ligado a una circunscripción estatal. En el domicilio de dependencia, las fuentes de derecho, reúnen diversos casos en los cuales, las personas dependen de estos domicilios por su función o “status”.

Las reglas de la determinación del domicilio voluntario virtual son bastante similares a las reglas aplicables al domicilio voluntario real en sus dos variantes: centros de interés o elección convencional. En ambas, la persona determina facultativamente su domicilio, puede aceptar éste si tiene interés en disfrutar del elemento de nombre de dominio genérico o geográfico, en el caso de la figura “pe.”

En el domicilio legal virtual, la persona puede encontrarse vinculada a una circunscripción estatal, a un domicilio de origen. Las autoridades públicas tendrían que hacer manifiesta y extensiva ésta a quienes se encuentren sometidos por ley, incluyendo el domicilio legal virtual de origen en territorio peruano o no en el extranjero. Solo a partir de ese momento será vigente la atribución de oficio de un domicilio legal de dependencia virtual a una persona física o jurídica, cuando sea la propia autoridad pública quien así lo decida, o la acepte la persona. En este caso, la autoridad pública tendría que precisar las modalidades, formas y ejercicios que estos domicilios pueden presentar: para los niños bajo tutela o menores; o mayores en curatela; el de funcionarios (militares, profesores, jueces, médicos, notarios, etc.) que ocupan domicilios de función, o adscritos a una jurisdicción; el de los navegantes o trashumantes, que pueden elegir uno en el distrito, departamento, o país, entre aquellos que se encuentran en su itinerario,...

Pero así como se fijan los domicilios reales en los domicilios de origen y el domicilio de dependencia, podemos pensar que los domicilios virtuales pueden cambiarse, facultativamente, por la propia persona como, autoritariamente, por las exigencias propias de la autoridad pública, por la función o el “status” público. Estos inclusive podrán ser - pensamos -, como en los domicilios reales, materia de oposición.

2.2.3.1.4 Protección del Domicilio

La protección del domicilio se basa en el principio de inviolabilidad, sin embargo, éste no es absoluto. El principio implica excepciones legales o de urgencia.

La pregunta a la cual nos interesa responder es si al domicilio virtual pueden serle aplicables el principio y las excepciones del domicilio real, sede legal o social de la persona física o jurídica?

La respuesta puede construirse desde una doble perspectiva: una, si las condiciones para el ejercicio de los derechos de uso, goce y disfrute del domicilio real se encuentran reunidas. Dos, si la persona asume las obligaciones y responsabilidades que se desprenden del ejercicio de estos derechos.

Aparentemente, no habría ningún obstáculo para que el domicilio virtual asuma el mismo rol que el domicilio real si las acciones, desde la cual o hacia la cual se realizan, no amenazan ni violan las reglas constitutivas de la sociedad. Pero, cabría preguntarse si la autoridad pública puede intervenir en un domicilio virtual que no hubiera sido registrado antes sus autoridades, cuya ubicación en el “territorio” nacional se desconoce, o si los actos que allí se realizan no sean perseguibles de acciones legales sancionadas en el país: investigación, seguimiento, constatación de infracciones, constatación de pruebas o indicios; o en los casos de flagrante delito, particularmente en materia de terrorismo y de estupefacientes? Lo mismo, cuanto a si los titulares y agentes de la acción debieran ser los mismos que intervienen en el domicilio real: jueces, policía, fiscalía, u otra autoridad pública? Tampoco es evidente si estas pueden realizarse en los domicilios virtuales de las personas físicas y/o jurídicas, incluyendo las sucursales na-

cionales o extranjeras; ni los procedimientos a seguir para verificar estas amenazas o violaciones (presencia del titular del “domicilio”, horas de intervención, preservación de los secretos profesionales o de los derechos de creación inmateriales, de la intimidad y privacidad de la persona,... ?

Desafortunadamente, hoy existen más preguntas que respuestas sobre la cuestión.

2.2.3.2 RESIDENCIA

El sentido general de esta noción es más concreta, más realista que aquella de domicilio. La residencia es el lugar donde la persona habita, reside efectivamente, de manera estable y regular.

Esta noción tendería a desaparecer en el ámbito virtual.

2.2.4 Sexo

En la primera parte de este estudio, dijimos que el derecho reconoce la *diferencia de sexos*, y faculta su uso; pero se esfuerza igualmente en hacer cohabitar este dato natural, mediante el derecho a la *igualdad de los sexos*. Pero se contemplan estos mismos derechos y obligaciones cuando nos referimos a la identidad sexual virtual?

2.2.4.1 DIFERENCIA DE SEXO

Al referirnos a la identidad real dijimos que la mención del sexo era obligatoria. La Ley N° 26497 del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC así lo establece.

Las funciones de RENIEC de doble acción relacionada con el sexo real de la persona NO SON MAS VALIDAS, pues NO PUEDE:

1. Organizar sus registros en base a la comunicación de los registros civiles existentes en todos los municipios del país: nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas;

2. Emitir un documento único que acredita la identidad de las personas VIRTUALES: el Documento Nacional de Identidad DIGITAL.

Implícitamente la misma norma reconoce que las *personas jurídicas* son asexuadas. ¿Pero es que correspondería a este Organismo pronunciarse sobre este tema?

Se plantearía también la hipótesis, en caso de organizar la autoridad pública, a través de los funcionarios responsables el registro civil desde la Municipalidad quien constataría este hecho y lo consigna en el certificado de estado civil respectivo, en principio y para siempre?

Si afirmamos que los rasgos característicos de uno u otro sexo se portan en el ámbito real por cada ser humano, en su vida diaria, no es evidente entonces que estos puedan ser visibles, ni menos identificables en el ámbito virtual. Ni existen en el ámbito virtual autoridad pública capaz de registrar, expedir documentos oficiales capaces de acreditar la pertenencia indudable de una persona física a uno u otro sexo.

Actualmente, en esta fase de uso de una doble tecnología aplicable a la documentación, física y virtual, es posible que los organismos de registros, de identidad, puedan extender, indirectamente, certificaciones sobre el sexo de una persona si poseen la autoridad y las funciones para hacerlo, respaldados en documentación física o digital, notarialmente legalizada o fedateada, acorde con las normas y procedimientos previstos para las microformas, sus normas complementarias y afines.

Quedan pendiente de un análisis más fino la comprobación del sexo virtual, el transexualismo, y las consecuencias derivadas de la asignación a uno de los sexos en el ámbito virtual.

2.2.4.2 IGUALDAD DE SEXO

Este principio se presenta en la realidad bajo dos condiciones, como restablecimiento del equilibrio entre dos sexos, pero también como condena de distinciones. En el ámbito virtual, las condiciones previstas menguan, porque no es evidente el reconocimiento, *ergo*, la identificación de

ninguno de los dos sexos y en consecuencia es imposible el beneficio en cualquiera de las dos condiciones, ni existe la autoridad pública que acredite la pertenencia a uno u otro sexo, salvo la excepción alegada sobre el respaldo en documentación física o digital, notarialmente legalizada o fedateada, acorde con las normas y procedimientos previstos para las microformas, sus normas complementarias y afines.

Tanto la diferencia como la igualdad de sexos pueden tener un impacto importante en el espíritu del legislador si en el ámbito virtual puede morigerarse o no éstas. Por no citar sino dos ejemplos: Es que en derecho laboral, de identificar virtualmente el sexo de las personas físicas, podríamos acordarles las mismas compensaciones o penalidades que en el ámbito real: jornadas de teletrabajo similares, salarios, descansos por maternidad, lactancia? Es que en derecho penal, podríamos atribuirles a los autores de delitos informáticos de similares atenuantes o agravantes, u otorgarles los mismos beneficios penitenciarios teniendo en cuenta su sexo real?

2.2.5 Nacionalidad

El Derecho Internacional Privado es una disciplina del derecho cuyo objeto de estudio es el llamado derecho de gentes o derecho que regula la situación jurídica de las personas y de los bienes en el ámbito internacional.

El objeto de estudio del Derecho Internacional Privado son pues las normas internas de los Estados en materia civil, los tratados internacionales, los convenios y acuerdos entre las naciones, así como el papel que desempeñan los organismos internacionales en materia de regulación del derecho de las personas y de los bienes.

Los atributos de las personas físicas y jurídicas son: el nombre, el domicilio, el patrimonio, la capacidad, el estado civil. El estado civil contempla no solamente la relación familiar que una persona guarda respecto al Estado – sino también su situación política como jurídica, a esto le da el nombre de nacionalidad.

El derecho de los bienes es el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas y los bienes. Una de las clasificaciones de estos últimos puede hacerse entre bienes materiales e inmateriales.

Una distinción importante entre el derecho de personas y el derecho de bienes, es que las personas son sujetos de derecho mientras que los bienes, son objeto de derecho, en consecuencia susceptibles de apropiación por los sujetos de derecho.

2.2.5.1 ANTECEDENTES

En la Edad Media, el individuo o siervo era vasallo del señor feudal o súbdito del soberano, basada en la *allégeance*, fidelidad y lealtad por el mero hecho de haber nacido dentro de los límites del territorio sometido al dominio del señor. El vínculo era eterno y al súbdito le estaba prohibido emigrar, bajo sanción. Sin embargo, el siervo sometido podía cambiar su nacionalidad sólo si el soberano lo consentía.

En la Época Moderna, el término de *allégeance*, practicado en la edad media, se asocio al concepto de nacionalidad. En los años precedentes a 1789 la nación se confundía con la persona del monarca y la nacionalidad era el lazo de fidelidad y lealtad al soberano. Al desaparecer éste con la Revolución Francesa, el nuevo régimen buscó una noción que reflejara los principios de Libertad, Fraternidad e Igualdad, de índole democrático que sustituyera ese lazo de adhesión al antiguo monarca, surge así la nacionalidad.

Cualquiera que sea la percepción del Estado, una de sus primeras consecuencias es que no es más el arbitrio del soberano o el príncipe quien otorga o no la nacionalidad, sino el Estado, sobre la base de un conjunto de principios y reglas constitucionales o civiles como de circunstancias personales o familiares del sujeto. El hombre vía el derecho internacional se beneficia de la nacionalidad, vinculando ésta al Estado.

Los nacionales son entonces aquellos individuos que por su vínculo al territorio y/o a la sangre forman en un territorio determinado un Estado, regulado por un conjunto de reglas que los localizan e identifican, en una

determinada colectividad. Puede decirse también que los nacionales son el conjunto de personas sometidas a la autoridad de un Estado a quienes éste reconoce derechos civiles y políticos y asume su protección dentro y fuera de su territorio. La nacionalidad no puede ser confundida con la ciudadanía, ésta última solo comprende una parte de los nacionales, aquellos calificados para ejercer sus derechos y deberes civiles y políticos.

El derecho de la nacionalidad está constituido por un conjunto de normas que permiten distinguir entre aquellos sujetos que el Estado reivindica como nacionales de aquellos que no lo son, entre los nativos y los extranjeros.

La nacionalidad como uno de los componentes del Estado moderno tiende a desaparecer con la identidad digital, replanteando la noción de democracia, de deberes y derechos de los nacionales, de protección del Estado, como de localización e identificación.

2.2.5.2 Definición y derechos humanos

La nacionalidad ha adquirido una connotación tal que ha sido elevada a la categoría de Derecho Humano fundamental y en consecuencia ha sido reconocido por varios instrumentos jurídicos internacionales, de carácter declarativo y convencional; aquellos de la Organización de las Naciones Unidas (O. N. U.) y la Organización de Estados Americanos (O. E. A.)

La identidad digital replantea igualmente este derecho, por ejemplo:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Esta declaración estipula en su artículo 15 lo siguiente:

- 1- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- 2- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del Derecho a cambiar de nacionalidad, o los derechos al cambio de nacionalidad, o los sujetos a su pérdida y recuperación.

2.2.5.3 ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ORIGINARIA O ADQUIRIDA

El derecho interno de cada Estado reglamenta soberanamente la forma de otorgar su nacionalidad, de tal manera que su adquisición puede ser originaria o adquirida, los mecanismos de recuperación y e doble o múltiple nacionalidad.

Igualmente, el desafío tecnológico pone en cuestión estas afirmaciones.

2.2.5.4 CONFLICTOS DE NACIONALIDAD

De la misma manera, los conflictos de la nacionalidad, sobre la persona: Positivos: una persona con varias nacionalidades; Negativos: despojo de nacionalidad a una persona o rechazo de su pretensión de adquirir otra. O, sobre los criterios jurídicos adoptados por cada Estado: Ius sanguinis; Ius soli, no son aplicables en el ámbito virtual.

De la misma manera, es posible que podamos resolver algunos de los conflictos, de crearse una institución internacional oficial, apelando a sistemas validos para solucionar estos, vía:

- Aplicación del mismo sistema a nacionales y extranjeros.
- Acuerdos de principios de reciprocidad.
- Aplicar medidas para atribución de nacionalidad; y
- Evitar imponer nacionalidad sin renuncia previa de la anterior.

Y utilizando instrumentos jurídicos reguladores como los Tratados, Convenios..

2.2.5.5 RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD EN EL PERÚ

La competencia en materia de nacionalidad, y en particular a la nacionalidad virtual le corresponderá al legislador interno; basado en el respeto de los principios de derecho internacional y en el marco de la cooperación internacional. Cada país determinará lo referente a adquisición, pérdida y recuperación de su nacionalidad, como de los conflictos que

ello plantea. Esa libertad del legislador interno obedece a la soberanía del Estado peruano, cualquier sujeto estatal internacional, debe respetar dicha soberanía.

2.2.6 Actos de estado civil

Por oposición al estado político del ciudadano, constituido por la nacionalidad, y por el goce o no de sus derechos, los actos de estado civil comprenden tanto el:

- a. **servicio público** que tiene a su cargo estas funciones, los
- b. **propios actos** como los
- c. **procesos** que de ellos se derivan.

Estos actos tienen por objeto contribuir **a regular y asegurar** la identidad e individualización de las personas físicas.

Los actos de estado civil podrían servirnos para instrumentalizar la identidad digital.

2.2.6.1 EN SERVICIO PÚBLICO DE ESTADO CIVIL

El derecho administrativo organizado sobre la base de dos principios rectores: primero, **el principio de juridicidad**, segundo, **el principio de misión de la administración**. puede contribuir a fijar las normas relativas a la identidad digital.

2.2.6.1.1 Principio de juridicidad

En el **principio de juridicidad** se encuentran presentes dos elementos. El principio relativo a las *fuentes de la juridicidad* propone un primer aspecto. Estas se encuentran formadas por fuentes de rango constitucional, que incluyen no solo la Constitución sino también otras normas de naturaleza constitucional, como Tratados internacionales, los mismos que plantean numerosos problemas jurídicos, y por las normas interregionales vinculantes en un espacio geográfico o funcional dado. Además

de las leyes, las fuentes también incluyen la jurisprudencia administrativa.

El principio de juridicidad, consagra un segundo aspecto referido a las *atenuaciones*, de una parte, por una categoría particular de actos llamados *actos de Gobierno* y de otra, por la *teoría de las circunstancias excepcionales*. Ambas permiten de moderar la aplicación de éste principio.

Ambos elementos: fuentes constitucionales y otras normas, y las atenuaciones por los actos de gobierno y la teoría de las circunstancias excepcionales, favorecen la creación e un espacio de regulación.

2.2.6.1.2. Principio de misión de la administración

El segundo principio rector del derecho administrativo, se refiere a las **misiones de la administración**.

Primero, define el concepto de servicio público y particularmente los *servicios públicos de estado civil*, que ocupan un lugar central en derecho administrativo. La finalidad es presentar las normas fundamentales de derecho específico aplicables a las autoridades administrativas.

Segundo, analiza los principios de la oferta de la administración al derecho, particularmente, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, del principio de legalidad o del principio de responsabilidad.

Finalmente, estudia la acción administrativa a través de los actos de la administración (actos unilaterales y contratos) y las actividades de la administración (servicio público y policía administrativa)

Entre las actividades de la administración, el servicio público es una actividad considerada de *interés general*. Este concepto recurre a una valoración que puede ampliarse o reducirse discrecionalmente; ella no permite dar una definición perfecta ni objetiva del servicio público. Definir el interés general significaría teóricamente, la propuesta o la adhesión de la Nación a un determinado proyecto social, a una estrategia de desarrollo, ejecutado por un gobierno y en un contexto determinado. Realmente, servicio público, significa lo que el poder público define políticamente

como tal, con el objeto de aplicarle normas específicas, o de integrarlo directamente en el sector público

Las actividades de un servicio público se someten, en algunos puntos, a un régimen jurídico específico. Lo que supone distinguir entre servicio público y sector público, definiendo las funciones y competencias de una colectividad pública (Gobierno Central, Región, Departamento, Municipio) y elegir entre asumir directamente un servicio público o delegar su gestión a un organismo específico del sector público o a un organismo dependiente del derecho privado.

Los registros civiles, por ejemplo, se organizaron, primero, como un servicio público, que ampliaban y asumían la función y competencia eclesiástica local por una laica y administrativa, convirtiendo poco a poco algunos de sus actos religiosos en actos civiles, destinados a producir efectos de derecho civil, incluyendo a los Juzgados civiles, quienes participan en sus juzgamientos. Los municipios, representantes administrativos y locales del Poder Ejecutivo, han sido generalmente los depositarios de estas funciones y competencias, como de la emisión de las partidas civiles.

Este segundo principio rector del derecho administrativo de misiones de la administración, se organiza en base a las definiciones del servicio público y particularmente de servicio público de estado civil, elaborando las normas fundamentales; al análisis de la oferta de la administración a través de la jerarquía de las normas y los principios de legalidad y de responsabilidad y del estudio de la acción administrativa: mediante actos y contratos y actividad de la administración. La actividad del servicio público es considerada de interés general, que puede ampliarse o reducirse discrecionalmente y elegir entre las actividades del sector y del servicio público. Las actividades de la identidad digital han sido atribuida al RENIEC le mismo que puede organizar esta misión, directa o indirectamente.

2.2.6.2 Los propios actos de estado civil

Los propios actos de estado civil sirven a registrar la existencia o no de una persona, su estado familiar, su sexo.

En derecho civil, los actos o los documentos en los cuales se consignan estos son las partidas de estado civil en sentido amplio. En ellas se consignan la existencia o no de la persona física, su presencia física o no. En sentido estricto interesa la persona física como su situación familiar, tal como resulta de la filiación y del matrimonio.

Las partidas de estado civil son los documentos escritos, mediante los cuales la autoridad pública, constata auténticamente los principales acontecimientos del estado de las personas: nacimientos, matrimonios, defunciones. El establecimiento de los registros civiles consagra la transferencia de la función eclesiástica, antes detentada por la iglesia, *latu sensu*, vinculada al cumplimiento de ceremonias religiosas.

Los actos de estado civil representan las acciones practicadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, caracterizadas jurídicamente por: **el formalismo, el valor probatorio y la publicidad**. Los actos de estado civil presentan una característica original, si se les compara por ejemplo a los actos notariales, es que toman en cuenta no solamente los intereses privados, sino también el interés público.

Para la identidad digital debiera igualmente registrarse la existencia o no de una persona, su estado familiar, su sexo, su nacionalidad.

Pero también las acciones practicadas por los funcionarios públicos, con conocimientos y formación particular en nuevas tecnologías, respetando las características que ellas deban tener: formalismo, valor probatorio y publicidad. Y tomando en cuenta el interés privado y público..

2.2.6.2.1 Formalismo

Son actos solemnes, es decir, requieren de una forma particular para su existencia, *ad solemnitatem*. No obstante, el derecho no profundizó en esta materia como si lo hizo en otros ámbitos, cuanto a esta exigencia formal, por el riesgo de privar a ciertos individuos de toda prueba de su estado, lo que habría tenido una consecuencia más grave, no solamente para los propios interesados, sino también para la sociedad.

Esta es la razón por la que, aún cuando la existencia de los actos de estado civil pareciera rigurosamente vinculada *adeterminadas formas*, la inobservancia de las mismas es raramente sancionada *denulidad*, pudiéndose plantear la *reconstitución de los actos* si faltaran las formas pre constituidas. Son una especie de actos de formalismo reducido.

Es necesario reflexionar sobre el formalismo de los actos de estado civil, y las entidades que llevarían a cabo éstas.

2.2.6.2.2 Valor probatorio

El funcionario de estado civil es un funcionario público. Posee las mismas características: los actos que redacta son *escrituras públicas*, provistas de un valor probatorio especial que no puede ser enervados sino por decisión de instrumento falso. Ese es el principio, el mismo que no reconoce diferencia entre los registros, ni incluso entre los actos según hayan sido recibidos y entregados por el propio funcionario o por agentes delegados, los mismos que operan bajo su vigilancia y bajo su responsabilidad.

Sin embargo, ciertas distinciones son necesarias para atenuar el alcance de la afirmación precedente. Es necesario separar las declaraciones relativas a la filiación cuyo valor probatorio, en las partidas de nacimiento, se someten a normas particulares. Luego, se distinguirá, de acuerdo con una teoría válida para todas las escrituras públicas, entre las declaraciones en las cuales el funcionario público hace constatar hechos verificados por él mismo, de sus propios ojos, por sus propios sentidos, *propriis sensibus*, en el ejercicio de sus atribuciones de aquellos otros en los cuales sólo reprodujo las declaraciones hechas por las partes, los declarantes o los testigos. Sólo las declaraciones de la primera categoría, las constataadas por él mismo, dan fe hasta que ellas sean sancionadas de falsas; las otras sólo dan fe hasta prueba en contrario.

En consecuencia, dan ciertamente fe hasta prueba de declaración en contrario de falsas: la mención de la fecha del acto, la mención de la identidad y la calidad del funcionario de estado civil, la mención que determinadas personas, indicando tener tal o cual nombre, tal o cual

domicilio, etc., se presentaron ante ese funcionario y le hicieron las declaraciones que figuran a continuación. Pero está claro que esta última mención, no implica ninguna afirmación del funcionario público cuanto al contenido de las declaraciones: la identidad de los interesados (partes, declarantes, testigos) sólo se constata, certifica hasta prueba en contrario. *A fortiori*, sucede lo mismo con la veracidad de los hechos reportados por ellos. ¿Si se produjo un parto? ¿En el día y a la hora indicados? ¿El niño fue del sexo mencionado? Ninguno de estos aspectos tiene en una partida de nacimiento el valor probatorio auténtico, ya que no es misión del alcalde o del funcionario de estado civil de comprobarlos. Los formularios de los cuales se inspiran los municipios tienden a reducir al mínimo las comprobaciones que el funcionario del estado civil toma a su cargo, apenas circunscrito al marco del acto (fecha, lugar, autoridad) de los cuales él asume la responsabilidad; en cuanto al contenido, se limita a recoger estas o aquellas declaraciones de los comparecientes.

Allí, el principio de autenticidad pierde eficacia. Y también, de acuerdo con ésta pérdida general de responsabilidades, se opera una evolución en la concepción del estado civil, representa cada vez más una ventanilla de trámite que una magistratura. Queda, sin embargo, a cargo de los interesados asumir la comisión delitos penales contra la fe pública, si sus declaraciones alteraran la verdad sobre los hechos que los actos tienen por objeto constatar.

El valor probatorio que concierne a los registros de estado civil se extiende también a las *copias* regularmente hechas por los depositarios de los registros civiles municipales. En consecuencia las copias certificadas conformes darán fe ellas mismas, si han sido entregadas por el mismo funcionario de estado civil o por los agentes delegados. Copia puede ser definida como el término genérico, pero podemos distinguir:

- 1° las copias *strictu sensu* o *expediciones*, que reproducen íntegramente los registros;
- 2° los *extractos*, que son copias reducidas (para las partidas de nacimiento y matrimonio solamente). Expediciones y extractos tienen un igual valor probatorio: la de los propios registros.

Igualmente, deberá reflexionarse sobre el agente a quien incumbirá esta: RENIEC, a la Autoridad Nacional de Datos Personales, u otra Institución sobre el valor probatorio atribuible a estos actos y las herramientas tecnológicas necesarias para ello (firmas y certificados digitales, micro formas...)

2.2.6.2.3 Publicidad

Los actos de estado civil no son sólo medios de prueba, sino instrumentos de publicidad sobre el estado de las personas. Existe el interés público para que el estado civil de la persona no sea un secreto, y que determinados terceros, tengan legítimo interés en conocer, además, de sus relaciones personales o empresariales (Ej. Conocer la capacidad de un co-contratante depende de la fecha de su nacimiento, o de su situación familiar). La diferencia es muy marcada con los actos notariales que constatan acuerdos, contratos privados, normalmente sin consecuencias fuera de las partes. Los actos notariales privados, en principio, no deben comunicarse a terceros, mientras que el principio de publicidad se aplica a los actos de estado civil.

Es necesario comprender que este principio no implica, para las personas ajenas al servicio, el derecho de examinar los registros. La publicidad se realiza siempre por entrega de copias íntegras o simples extractos. A este respecto, es necesario distinguir según los actos y según los requirentes.

De la misma manera que para el caso del valor probatorio, deberá reflexionarse sobre los agentes a quien incumbirá esta: RENIEC, la Autoridad Nacional de Datos Personales, u otra Institución y las formas de publicidad de estos actos, las herramientas tecnológicas necesarias para ello (firmas y certificados digitales, micro formas...) y los medios o soportes en los cuales se consignan estos.

2.2.6.3 Los procesos en materia de estado civil

Los registros del estado civil no dan siempre una imagen fiel del estado de las personas. Para mantener una correlación entre la realidad y

su comprobación oficial, es necesario rectificar ciertos actos que se establecieron, o incluso establecer otros que no lo han sido. Pero, ya se trate de *rectificar* los registros o de *suplir*, estos no se realizan tan simplemente como si se tratara de celebrar un acto al mismo momento en que este acontece, y que el funcionario del estado civil esté obligado, por la sola petición de los interesados a registrar sus declaraciones rectificativas o supletorias. La situación no es ya la misma: el servicio de estado civil ha actuado; esta circunstancia promueve nuevas presunciones contra el nuevo acto que se pretende insertar en los registros civiles. Al menos, es necesario un control sobre la sinceridad de lo que se pide, ya que en el intervalo de tiempo que lo separa del hecho registrado debe constatar su justificación, la misma que puede facilitar una maniobra fraudulenta. Este control se confía, en principio, al Juzgado Civil. Existen así *juicios rectificativos* y *juicios supletorios* de los actos de estado civil.

Igualmente, será materia de análisis la forma en que deban resolverse los procesos en materia de identidad digital.

2.2.6.3.1 Procesos rectificativos

Estos juicios son regulados por el Código Civil, los cuales pueden producir dos clases de *casos*. Primero, de corrección de una irregularidad surgida **al momento** de la redacción del acto: declaración incompleta, superabundante, o inexacta; sin que sea necesario distinguir entre errores voluntarios o involuntarios. Segundo, se trata a veces de armonizar el acto con nuevos hechos, la inexactitud a rectificarse no se ha manifestado sino **posteriormente** a la redacción (Ej. Autorización de cambio de nombre).

La dificultad mayor consiste en determinar si la acción incoada no tiende en realidad a rectificar el *acto* del estado civil, si ella no ataca al *estado* constatado por el acto, y, en particular, por ejemplo, de una partida de nacimiento de filiación que el acto atribuía al niño. Es que la vía de la acción de rectificación de los actos de estado civil es más fácil - tanto por las condiciones de admisibilidad cuanto por el procedimiento - si la comparamos a las acciones sobre el *estado* constatado del acto. De ahí la

tentación, por los interesados, de disimular una verdadera acción en reclamación o conflicto del *estado* bajo el trivial supuesto de una acción en rectificación de la partida de nacimiento. Ello no es admisible, pero, para impedirlo, es necesario poder distinguir dos especies de acciones.

Es cierto que un niño extramatrimonial natural no puede, vía rectificación, pretender añadir a su partida de nacimiento el nombre de su supuesta madre o padre; necesita, en primer lugar, ejercer una acción de búsqueda o reconocimiento de maternidad o paternidad, o hacer constatar la posesión del *estado* del cual se prevalece. Pero otras posibilidades son más sutiles. La idea general es que la vía de la rectificación debe reservarse a las hipótesis en la cual es necesario hacer coincidir el acto material con lo que se considera la verdad jurídica, si bien se suprime una mención que era jurídicamente ineficaz (Ej. En la partida de nacimiento de un niño natural, la mención de un padre que no lo reconoció), o que se inserte una mención que no hace sino traducir un *estado* determinado según la ley (Ej. En la partida de nacimiento de un niño, la mención que la madre no es soltera, sino casada, si se aporta la prueba del matrimonio, observándose que la mención así insertada no podría bastar para establecer la paternidad del marido).

Las instituciones a cargo de registro u otras a quienes se atribuya competencia deberá proponer los procesos rectificativos, contenciosos

2.2.6.3.2 Procesos supletorios

Es posible suponer que no hay actos de estado civil regularmente establecidos originalmente, o que no subsisten ya, lo que puede plantear varias clases de hipótesis.

- a) Es la hipótesis cuando falta la declaración de estado civil como consecuencia de un caso de fuerza mayor. El juicio que demuestra el hecho alegado se transcribirá en los registros.
- b) Una segunda hipótesis es aquella cuando los hechos que deben constatarse no han sido puestos a conocimiento del funcionario

del estado civil, a su debido tiempo, en particular, si no se declaró un nacimiento en los sesenta días de producido éste.

La omisión no puede ya ser reparada por una declaración tardía: es necesario un proceso. Este juicio declaratorio, que tiene valor de acto del estado civil tendrá autoridad *erga omnes*.

- c) Puede darse el caso aún de una tercera hipótesis: que el acto del estado civil no haya podido redactarse en el momento por falta o ausencia de algunas condiciones, legalmente requeridas para establecer ésta. Esta hipótesis se refiere, en la práctica, a las defunciones, siempre que no haya sido posible de encontrar el cadáver. En efecto, la partida de defunción, no puede redactarse mientras que el funcionario de estado civil - o un médico - verifique el deceso. Aún aquí, será necesario un juicio declaratorio de muerte, con sentencia firme, después del procedimiento que tiene por objeto hacer aparecer la certeza del acontecimiento. El juicio declaratorio de muerte, que participa de la naturaleza de los actos de estado civil, será oponible frente a terceros.
- d) Finalmente, el juicio de adopción plena, una vez transcrito, celebra “ficticiamente”, la inscripción de una partida de nacimiento.

Será necesario prever la resolución de procesos supletorios, si los casos lo ameritan, y las posibilidades de apelación en fueros comunes o especializados

2.3 Derechos de la personalidad, libertades e igualdades

La doctrina guarda clásicamente bajo esta expresión, o su equivalente *derechos fundamentales o primordiales*, ciertas prerrogativas de la persona suficientemente precisas en su objeto.

Elas son sensibles de constituirse en *derechos de la personalidad* o derechos subjetivos (2.3.1.).

Las libertades son definidas como posibilidades de actuación de las personas, *libertades individuales*, las mismas que no tienen objeto de con-

vertirse en derechos subjetivos, son sobre todo derechos “virtuales”, posibles (2.3.2).

La igualdad, y la *igualdad civil* en particular, existen como consecuencia del principio de libertad (2.3.3).

2.3.1 Derecho de la personalidad

En párrafos anteriores hemos evocado algunos derechos subjetivos, como *el derecho a la vida y a la integridad física*, a los cuales nos hemos referido en relación al cuerpo humano, o *el derecho al nombre*.

Existen otros derechos aún más recientes que podríamos asociarlos como derechos de la personalidad, como el

- a. *derecho a la imagen de la persona o el derecho sobre la imagen;*
- b. *el derecho al honor* o aun
- c. *el derecho a la intimidad.*

Sobre estos conviene hacer algunas puntualizaciones relativas a las nociones de identificación y de identidad.

La identidad digital, no limita, en principio, estos derechos atribuibles a la personalidad, en tanto exista una correspondencia exacta entre identidad real e identidad digital.

2.3.1.1 DERECHO A LA IMAGEN

Para Rubio Correa el derecho a la imagen: “Es el que tiene la persona para usar su propio cuerpo, sus imágenes y sus reproducciones y la prohibición de que se utilicen sin su consentimiento”. Para García Toma, citado por Rubio Correa, el derecho a la imagen consiste: “En la facultad que tiene cada persona para autorizar o prohibir que su figura sea reproducida con fines lucrativos o sin ellos... La imagen se constituye a partir de la expresión corporal y de su posterior representación”.

Sin embargo, si bien es comprensible y respetable la opinión de tan connotados juristas, a nuestro criterio, el derecho a la imagen puede ser

estructurado específicamente, bajo un doble aspecto: a.1. El derecho a la imagen de la persona, como a.2. El derecho sobre la imagen.

Actualmente, no cabe duda alguna sobre si la imagen puede ser objeto de protección, y si este puede concebirse, particularmente, vía el derecho de autor. Aun cuando subsistan algunas interrogantes sobre quién es el titular de este derecho, bajo qué régimen legal se regula y según qué tipo de obra. Podemos concluir, en principio, que el titular *sobre* la imagen captada es el fotógrafo, el camarógrafo, el periodista, el informático quien detenta la titularidad.

La duda es anterior a la toma de la imagen. Ella porta sobre dos derechos, aparentemente contradictorios: el derecho de las personas a su imagen, y el derecho del público a la información. En virtud del primero, derecho a la imagen, ha sido reconocido legislativa como jurisprudencialmente que toda persona tiene sobre su imagen, y sobre el uso que se hace de ella, un derecho exclusivo y oponible contra terceros para su difusión (comunicación al público o reproducción), basado en el derecho al respeto de su intimidad o privacidad.

A fortiori, la persona amenazada o vulnerada en su derecho, puede prohibir que su imagen sea publicada en la prensa o expuesta a la vista del público. No es necesario para ello que terceros hayan actuado con mala intención. Aún cuando, se alegue un móvil legítimo (motivos de índole informativo, científico, didáctico o cultural y aún si estos se relacionan con hechos o ceremonias de interés general celebradas en público), o que en otros casos no se justificaría. (Ej. El periodista cuyo objetivo es informar a la opinión; el artista que practica su arte). El titular del derecho a su imagen podrá obtener por la lesión causada, reparación por daños y perjuicios y adicionalmente pedir al juez, que en el futuro, cese toda publicidad causada a su imagen y, si fuere necesario, ordenar la destrucción de los negativos, copias.

Si nos ubicamos desde la perspectiva del **segundo**, por el derecho a la información, toda persona tiene la facultad de ser informado como a informar; acorde, obviamente, a las normas regulatorias de la profesión y deontológicas, y a las normas que rigen el derecho de la persona.

En el 1. Derecho a la imagen de la persona, se plantean dos aspectos:

de un lado: autorizar o impedir la reproducción y difusión de su imagen, incluyendo la voz;

de otro lado, autorizar o impedir la reproducción y difusión de la imagen de los bienes que éste posea, tomada sin o con su consentimiento por terceros.

En el 2. Derecho sobre la imagen, se plantean dos aspectos, primero, el derecho de terceros, a informar, difundir o publicar la imagen de una persona, y/o de su voz, mediante cualquier soporte o medio, onerosa o gratuitamente; segundo, el derecho a reivindicar la propiedad intelectual sobre ésta.

2.3.1.1.1 Derecho a la imagen

2.3.1.1.1.1 Derecho a la imagen de la persona

Se plantean dos aspectos en el derecho a la persona:

1. A la imagen de la persona física, y el relativo
2. A la imagen de los bienes de la persona.

2.3.1.1.1.1.1 Concepción

El derecho a la imagen es una construcción esencialmente pretoriana, surgida de la preocupación de las personas públicas de luchar contra ciertas prácticas de la información, la comunicación, la prensa en general, al acecho de la imagen, como del aporte del derecho penal, por los daños causados contra estas personas.

El principio puede ser expresado de la siguiente manera: “Toda persona tiene, sobre su imagen y sobre la utilización que se hace de ella, un derecho exclusivo y oponible a su difusión sin su autorización”

Este derecho es extensible a la imagen sobre su patrimonio; podemos incluirlo entre los derechos de la personalidad.

2.3.1.1.1.2 Respeto sobre la reproducción y difusión

Toda reproducción y difusión de la imagen de una persona o de su patrimonio, supone, en principio, consentimiento por parte del interesado o de su representante legal, si está **vivo**; o si ha **muerto**, de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden; inclusive, mediante la intervención del poder público.

Y es precisamente en la autorización que estriba el obstáculo para la aplicación de éste derecho a la imagen: en el alcance que ésta tiene para el propio interesado como en la habilitación a terceros para concederla, tratándose particularmente de la imagen de menores o incapaces mayores.

2.3.1.1.1.2 Derecho a la imagen de los bienes de la persona

No se trata estrictamente de un derecho a la imagen, sino de una extensión del derecho de propiedad, en particular, el derecho de uso, de goce y de transferencia (*usus, fructus, abusus*). El supuesto se basa en que el derecho de propiedad de la persona se extiende a la imagen de los bienes de ésta.

En el caso de figura, cuando un bien mueble o inmueble perfectamente identificable es objeto principal de una imagen, y que el fin de esta imagen es ser explotada comercialmente, mediante su reproducción y difusión; pero también puede ser aplicable a la imagen de un animal de compañía.

Su fijación sobre cualquier soporte, en la expectativa de venta - o indirectamente, como apoyo a una campaña publicitaria de un producto o de un servicio - permite al propietario de esos bienes, y por extensión a la imagen sobre ellas, de ejercer el derecho positivo a la imagen, de explotarla; como negativamente, de oponerse a su explotación no autorizada, aun cuando la jurisprudencia ha supeditado el reconocimiento de una amenaza al derecho a la imagen del bien "...si esta presentara una perturbación anormal para el propietario".

2.3.1.1.1.2.1 Explotación sin autorización

2.3.1.1.1.2.1.1 Ausencia de turbación o perturbación anormal

Según la jurisprudencia europea, los propietarios de un bien no tienen derecho exclusivo sobre la imagen de ésta. Pueden, no obstante, oponerse a la utilización de la imagen sobre sus bienes por un tercero cuando le ocasiona una turbación o perturbación anormal. Es el caso de la elaboración de prospectos publicitarios destinados a la comercialización de bienes inmuebles en los cuales se incluyen imágenes - además de la información relativa a la implantación de la futura residencia y sus ventajas - reproduciendo bienes públicos o privados, cercanos a la obra, con el fin de revelar el medio favorable de la futura residencia, sin que la reproducción se haya realizado sin autorización del propietario. Habría que juzgar si la reproducción del bien inmueble sin el consentimiento de su propietario prefigura la existencia de una turbación o perturbación anormal.

Ello tampoco indica diferencias de tratamiento entre los distintos usos posibles de la imagen de un bien: uso publicitario o comercial y uso con finalidad artística o informativa, aunque aparentemente no debieran ser sometidos al mismo régimen.

2.3.1.1.1.2.1.2 Utilización publicitaria de la imagen

En el caso de la utilización de la imagen de un bien privado con fines comerciales que afecta el derecho de goce de los propietarios de este bien, implica - para estos últimos- un perjuicio evidente, si estos no han manifestado su aprobación para que sea fotografiado y sirva de base a un anuncio publicitario.

2.3.1.1.1.2.1.3 Reproducción de imagen accesoria

Si generalmente, el derecho de propiedad autoriza a oponerse a que un tercero utilice la imagen de un bien con fines comerciales, ciertas imágenes constituyen solamente elementos accesorios de la representación prin-

cial, siempre y cuando la configuración de la imagen, no porte ninguna confusión posible. En este caso no se afecta los derechos de los propietarios.

2.3.1.1.1.2 Explotación con autorización

En estos casos se plantea la utilización de la imagen de un bien privado o público con fines comerciales o no. Si se trata de la comercialización de la imagen antes habría de preguntarse si esta tiene vocación de circular, de ser intercambiada y si el derecho autoriza su comercialización.

Si la imagen es el reflejo, y en consecuencia accesorio de la persona, jurídicamente ella se emancipa de ésta. Sin embargo, no es ese el caso, el accesorio no sigue al principal. De otro lado, el derecho a la imagen ha sido clasificado entre los derechos vinculados a la personalidad pero esta clasificación es atípica, porque, según algunos autores, los derechos de la personalidad: “son sobre todo extra patrimoniales, concebidos como derechos puros, intactos de toda alianza con el dinero que los envilece”.

Respecto a la imagen, podríamos decir que se trata de derechos de la personalidad particulares, que tienen una dimensión patrimonial? La imagen es tratada como un bien pero se encuentra ligada de tal manera a la persona que el derecho rehúsa de admitir que pueda existir un derecho de propiedad sobre la imagen. Sin embargo, nos parece admisible de reconocer a cada cual un derecho de propiedad sobre su imagen. Quizás este es el mayor desafío que no presenta la evolución del hombre, la sociedad y el derecho. Es interesante constatar, no obstante, que este derecho tiene enormes similitudes con el derecho de autor. Tratándose de la imagen de la apariencia física, podríamos hablar entonces de obra original y personal? O puede ser percibida como un bien incorporeal, si admitimos la idea de un derecho de propiedad sobre el cuerpo - como emanación de éste - susceptible de ser separada de su elemento material y difundir la imagen de la apariencia física, como un bien cuyo propietario es la persona?

De allí la exigencia en la explotación por el propietario de la imagen o con su autorización, de un doble consentimiento del titular cuanto a la captación de su imagen y cuanto a su utilización.

2.3.1.1.2 Derecho sobre la imagen

El alcance del derecho sobre la imagen, está marcada por dos rasgos: de excepción, por el derecho a la información, y de propiedad intelectual otorgado por el derecho de autor.

2.3.1.1.2.1 Excepción por el derecho de información

Sobreviene cuando:

- La imagen ilustra o cuestiona un tema de actualidad, o
- Un tema histórico-político.
- Cuando la reproducción de la imagen de la persona es accesoria a la imagen central, o
- También cuando la persona no es identificable en la imagen en cuestión.

2.3.1.1.2.1.1 Ilustración de un tema de actualidad

El reconocimiento del derecho a la imagen acentuó la tentación, de todo individuo, personaje conocido o anónimo, de recurrir a la comercialización de su imagen. El objeto del derecho a la información intenta corregir este descontrol, permitiendo de atenuar el absolutismo de este derecho. Los órganos jurisdiccionales europeos operaron, después del año 2000, un cambio notable, bajo las considerandos del Convenio europeo de los derechos humanos, y en el artículo 10, mediante una excepción al derecho a la imagen, basada en las exigencias de la información del público y de manera más concreta por la necesidad de dar cuenta (a.1) de un tema de actualidad, (a.2) bajo reserva de dignidad y naturaleza “respetuosa” de la imagen.

2.3.1.1.2.1.1.1 Condición de actualidad

El derecho a la imagen no puede obstaculizar la difusión de la imagen de una persona fotografiada, célebre o desconocida, vinculada a un

acontecimiento o a un asunto judicial, como autor, víctima o testigo necesario para los requerimientos de información. De esta manera, se origina el principio que la libertad de comunicación, de información autorizan: la publicación y difusión de imágenes de las personas vinculadas a un acontecimiento, bajo la sola reserva del respeto de la dignidad humana.

Sin embargo, tres observaciones deben ser formuladas respecto a este principio de libertad de ilustración por la imagen a un tema de actualidad:

- a.- La adecuación entre la imagen y el artículo,
- b.- Los términos de la difusión,
- c.- La importancia del acontecimiento.

No obstante, la doctrina se permite una reserva:

2.3.1.1.2.1.1.2 Reserva de dignidad y naturaleza “respetuosa” de la imagen.

Toda imagen que responda a la condición de actualidad no será necesariamente legal si:

- i) Afecta la dignidad de la persona o si el
- ii) Espíritu de la imagen es poco respetuoso de esta persona. Ambas circunstancias particulares pesarán en la
- iii) Evaluación del prejuicio sufrido por la persona.

2.3.1.1.2.1.2 Ilustración de un tema histórico político

Si en la hipótesis anteriormente evocada, la imagen de una persona no es difundible cuando ella no ha sido autorizada ni ilustra un acontecimiento de actualidad, es que ésta lo es cuando se inscribe en la perspectiva de ilustración de acontecimientos históricos?

La respuesta es sí, ...en principio. Así lo confirma también la jurisprudencia europea sobre la cuestión, en razón del tiempo transcurrido y del cambio de las circunstancias que rodearon la toma de esas imágenes y

la actualidad, y que pueden publicarse sin su consentimiento. Su divulgación, aún repetida, es lícita y no requiere consentimiento del interesado, en tanto la reproducción intervenga *siempre* en el marco de los acontecimientos a los cuales se reporta la imagen, con el único fin de *ilustrar la memoria de aquellos acontecimientos que pertenecen a la historia*.

Doctrinariamente, la información histórica y también la información política se mencionan explícitamente como excepciones al derecho a la imagen. En estos casos la imagen de la persona no debe ser desvalorizante, humillante ni ridícula, y que incluso el pesado simbolismo que pudiera representar no es susceptible, en un tal contexto de difusión, de causar ningún perjuicio.

2.3.1.1.2.1.3 Individuo “accesorio” de la imagen central

La teoría de la imagen accesoria permite de sobrepasar el derecho a la imagen, cuando la toma no se centra sobre la persona sino sobre un acontecimiento de actualidad. Los juzgamientos sobre la materia no son aún estables, más bien son contradictorios. Sin embargo, la idea de base sigue siendo la amenaza o el ataque a la vida íntima/privada de la presunta víctima y la falta de autorización de los interesados.

2.3.1.1.2.1.4 Individuo no identificable

En este caso de figura, tanto la doctrina como las decisiones jurisprudenciales descartan la aplicación del derecho a la imagen, cuando la persona no es identificable. Por eso, *a contrario*, algunos magistrados precisan, en particular, con respecto a personas fotografiadas en una manifestación pública, que el derecho a la imagen opera para la difusión de la imagen “de un individuo fácilmente identificable”.

Este carácter no identificable es a veces el corolario del carácter accesorio de la persona sobre la toma. Pero puede resultar de la toma, de tres cuartos, por ejemplo, o de las técnicas de opacidad de los rostros. Los magistrados consideran, en efecto, que la violación del derecho a la imagen supone que un lector normalmente atento pueda distinguir las

características de la persona representada para poder reconocerla. En este caso concreto, incluso después de un examen minucioso de las tomas y después de una comparación con las fotografías proporcionadas por la víctima, será o no posible de reconocer e identificar a ésta, su silueta o la indumentaria llevada por el personaje en cuestión.

Finalmente, ningún órgano de prensa puede alegar un carácter no identificable de la persona, sobre todo en el caso de niños, cuando en la descripción o artículo que acompaña a las tomas se mencionan a sus padres y se evocan sus nombres y sus edades. Este mismo caso de figura puede ser aplicable para las personas bajo tutela o curatela.

2.3.1.1.2.2 Propiedad intelectual

En el segundo caso, la extensión de los derechos de propiedad sobre la imagen es también contemporánea de la aplicación del artículo 10 del CEDH con un uso más sistemático por los Tribunales nacionales, en relación a la libertad de expresión. Ella beneficia de la propiedad intelectual que le otorga el derecho de autor. La imagen no es ni más ni menos que un modo de expresión, en este aspecto, sin duda, supera el simple marco de la ley de prensa.

La fotografía de una obra puede ser protegida por los derechos de propiedad intelectual, o la misma fotografía, protegida en tanto que obra. Cabe en este caso, exigir una doble autorización de la obra, tema de la imagen y la del fotógrafo. En el caso de una obra colectiva, será necesario el acuerdo de todos los autores, bajo reserva del carácter original de la obra. Sobre este último criterio y para mayor seguridad, debe darse por sentado que una obra es, en tanto que tal, original ya se trate de fotografía o de la obra tema de la foto.

La protección de los derechos de autor patrimoniales de un autor individual se realiza durante toda la vida de éste y 70 años después de su muerte por sus causahabientes. Después de este plazo, la obra cae en el dominio público, subsistiendo solo el derecho moral inalienable. La solución es la misma para los edificios públicos, u otras del espíritu físicas.

Los derechos patrimoniales de los arquitectos pueden haber sido cedidos contra remuneración, en cuyo caso convendrá tornarse hacia los propietarios o el Estado para obtener la autorización de la imagen, no obstante, quedan vigentes el respeto de los derechos morales del arquitecto.

Concerniente a los bienes privados como públicos sobre los cuales existe un derecho de propiedad intelectual, puede haber un conflicto entre los titulares del derecho. Entre el titular del derecho de autor y el derecho del propietario, por ejemplo. La cuestión podría resolverse de la siguiente manera: dado que el objeto principal de la imagen es el bien, la protección juega a favor del titular de los derechos de propiedad intelectual, el derecho moral frente, debe sin embargo, ser ejercido en el respeto de los derechos del propietario e inversamente. Una vez que la obra ha caído en el dominio público, ella puede, no obstante, puede ser sometida aun a los derechos de autor, además del ejercicio y la observancia de los derechos morales. Un ejemplo es la Torre Eiffel, que puede ser libremente fotografiada y filmada en el día pero por la noche, cuando se ilumina, deviene una nueva obra.

Tratándose de imágenes sometidas a un derecho de propiedad intelectual, bajo las reservas legales de que sus obras pueden ser calificadas de originales en el sentido de la jurisprudencia y que el período de protección no haya expirado de conformidad con el Decreto Legislativo 822, una corriente doctrinal y jurisprudencial invita al derecho a adaptar el concepto de cortas o breves citaciones a la obra artística basándose sobre todo en el tamaño reducido de la reproducción.

El Artículo 43º, incisos a), b) y g) del Decreto Legislativo 822 Ley sobre derecho de autor indica que es permitida sin autorización del autor las breves reproducciones:

“a) La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos o de **breves extractos** de obras lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra

transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

b) La reproducción por reprografía de **breves fragmentos** o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal. (El subrayado es nuestro)...

g) La reproducción de las obras del ingenio para uso privado de los invidentes, siempre que ésta se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no tengan como propósito utilización lucrativa. Ley 27861 modificatoria del DL 822, justificada por el carácter educativo, científico o informativo de la obra citada. Tales prácticas no apuntan, en nuestra opinión, a competir con los fotógrafos, sino de ilustrar algunos artículos, ellos mismos protegibles por la propiedad literaria, reproduciendo varios clichés,

Mejor aún, la Directiva europea de mayo 22 de 2001, relativa a la armonización del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, el artículo 5, 3, d) no ha incluido el adjetivo «corta» para calificar la excepción del derecho de cita. Este artículo exige la indicación de la fuente y el nombre del autor de la obra citada.

Por otra parte, el artículo 5, 5 de la Directiva europea de mayo 22 de 2001 introdujo la triple prueba de la Convención de Berna. Esta técnica inspirada por «uso justo» “fair use» del copyright americano, plantea interrogantes sobre las consecuencias de utilizar el trabajo de terceros. La Directiva establece que «las excepciones al derecho de autor son aplicables en ciertos casos especiales que no afectan a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho».

Una parte de la jurisprudencia francesa y la doctrina reivindica este razonamiento económico. La reproducción de fotografías de manera razonable y no competitiva podría así ser admisible en consideración al derecho comunitarios europeo.

2.3.1.2 DERECHO AL HONOR

2.3.1.2.1 Definición

Toda persona tiene el derecho a exigir que terceras personas respeten su honor. El concepto de honor es difícil a definir, reside en cada persona, en el sentimiento que esta tiene de su propia dignidad; y en los terceros, en la impresión que estos tienen de nuestra dignidad, según Muñoz Peralta, y otros. José Urquiza, clasifica el honor dividiéndolo en honor subjetivo, honor propiamente dicho y en honor objetivo, la buena reputación. Si aceptamos esta clasificación, el honor, en sentido subjetivo, podría ser definido como “...la valoración que la propia persona hace de sí misma, independientemente de la opinión de los demás”, es el propio sujeto quien se evalúa. Bernal, confirma esta opinión sosteniendo que “el honor (subjetivo) es el sentimiento de auto-estima; es decir, la apreciación positiva que la persona hace de sí misma y de su actuación”.

Por el contrario, el honor objetivo, la buena reputación, es la impresión, la valoración que los demás tienen o suponen tener de un individuo. Ambas percepciones del honor, son realmente subjetivas, pues en los dos casos la valía de una persona se aprecia por ella misma o por terceros. La sola diferencia es que la reputación se adquiere, se construye mediante los hechos sociales de los cuales da cuenta una tercera persona.

La buena reputación es según García Toma, “... la opinión cierta, evidente y favorable que lo congéneres tienen de nuestra persona. Alude a la celebridad, renombre o estima social que una persona alcanza en su entorno como consecuencia de su comportamiento coexistencial y de su esfuerzo profesional, cívico, etc.”.

En conclusión, el honor y la buena reputación son derechos complementarios de la persona, pues ambos se refieren a su valoración desde el ángulo de dos agentes diferentes. El primero, se refiere al sentimiento de auto valoración de la propia persona; el segundo, a la valoración de una persona por terceros.

2.3.1.2.2 Amenazas

Las amenazas al honor toman el nombre técnico de **difamaciones** cuando resultan de la alegación o la atribución de un hecho, sea éste verdadero o falso. No son sino **injurias**, cuando resulten simplemente expresiones ultrajantes; en el caso de la **calumnia**, en términos de menosprecio que no consignen ningún hecho, o de atribución de delito. La injuria, la calumnia y la difamación constituyen infracciones penales, previstas y castigadas, cuando hayan sido públicas, o publicadas. Ver los artículos 130, 131, 132 del Código Penal Peruano

Históricamente, los delitos referidos al honor y a la prensa han sido estrechamente vinculados, en una relación antagónica, la protección del honor de los individuos que limitan la libertad de la prensa, y recíprocamente. Pero pueden considerarse también como faltas civiles: en el ámbito del derecho civil, la víctima podrá obtener, no solamente daños y perjuicios en reparación de la lesión causada, sino la aplicación de otras medidas susceptibles de impedir que ésta continúe, verbigracia, supresión de un escrito injurioso, calumnioso o difamante. Se admite que el ataque lanzado contra el honor de una persona sólo tiene el carácter de una falta tanto como la intención del autor del daño, si fue inspirado por la mala fe.

Lo que es comprensible psicológicamente, para el ofendido como para el ofensor, es que la ofensa se encuentra menos en la materialidad de las palabras o gestos que en la intención que los anima; sólo existe verdaderamente injuria allí donde hay afectación e intención señalada de insultar, *el animus*, el espíritu que guía el acto.

2.3.1.3 DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y A LA INTIMIDAD

La primacía de la vida privada prohíbe, en principio, toda intrusión indiscreta, mientras que la vida pública, es la excepción: ellas se encuentran abiertas a la curiosidad de todos. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada. Esta proclamación figuraba ya en 1950 en el texto del Convenio europeo de protección de los derechos humanos (Art. 9). Sobre

ésta, es necesario examinar, cuanto a las fuentes americanas, su afirmación legislativa y jurisprudencial respecto del:

- i. Concepto de vida privada,
- ii. La difusión de informaciones,
- iii. Las excepciones, y los
- iv. Rasgos comunes al derecho de la personalidad.

2.3.1.3.1 Concepto de vida privada

Según las *interpretaciones*, legislativas y jurisprudenciales, podemos clasificarlas en dos grupos:

Según el *modo de vida*, cada individuo, en cuanto persona libre del ejercicio de sus derechos, elige vivir como mejor le place: trabajar o no; ser o no una persona pública o privada; de casarse o continuar célibe, etc.; los ejemplos son múltiples. Cada individuo ejerce un tipo de libertad, pero esta libertad es incompleta, parcial; ella se desarrolla en sociedad. El vivir en determinado lugar, el poseer determinados animales de compañía, obliga a su titular a observar un modo de vida compatible con la vida en comunidad.

La *esfera de intimidad*, corresponde a los requerimientos del individuo de conservar una esfera secreta de su vida desde la cual puede impedir el ingreso o mantener alejados a terceros. La doctrina moderna le reconoce así un derecho al respeto del carácter privado de su persona, un derecho a ser dejado solo (to let be alone); ese en el fondo su libertad. A veces se ha vinculado a ésta las prerrogativas por las cuales el individuo se opone a que su nombre o su imagen sean libradas a la publicidad - acciones que a otros les servirán para basar sus derechos primordiales de la personalidad. Lo que se evidencia específicamente - porque ni el derecho al nombre ni el derecho a la propia imagen podrían ser defendidos - es el derecho del individuo a impedir que su vida íntima, incluso con nombres cambiados, no sea recuperada por escritores, poetas o romanceros, de manera explícita o velada. La esfera de intimidad puede ser defendida incluso en caso de beneficencia.

2.3.1.3.1.1 Elementos conceptuales

Si consideramos que la definición de la intimidad es la parte más reservada o particular de los pensamientos, afectos o “asuntos interiores” de una persona, es fácil deducir que solo tendremos acceso a esa información con la autorización de su (s) titular (es), por el valor moral, social, político u otro que guarda dicha información.

El derecho a la intimidad, a la privacidad, no ha sido entendido siempre de la misma manera. Surgió primero como derecho pretoriano, para posteriormente devenir general, y enseguida, derecho positivo. Una concepción moderna sobre el tema fue realizada por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis el año 1890 en el artículo intitulado «The Right of Privacy” publicado por la revista americana Harvard Law Review.

El Juez Cooley lo define como: “...el derecho que tiene cada individuo de permanecer aislado, de permanecer solo, y no ser impelido a la publicidad”.

Los ordenamientos jurídicos basados en el derecho civil, no han adoptado un modelo general de la personalidad, sino que reconocen legislativamente un número ilimitado de derechos de la persona; modelo diseñado por el código civil peruano.

El desarrollo de la jurisprudencia ha influido en el desarrollo del derecho a la privacidad superando la limitación conceptual producto de su traducción literal, dando paso al derecho general de la personalidad.

Según Morales Godo,

“...tres aspectos fundamentales integran la noción de intimidad:

1. Tranquilidad: el derecho de todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud.
2. Autonomía: la posibilidad de tomar decisiones en las áreas fundamentales de nuestra existencia. La autonomía está referida, entonces a la libertad del ser humano para la toma de decisiones respecto de su vida;.... optar libremente por las distintas posibilidades que le ofrece sus circunstancias, y ello implica la posibilidad de tomar sus propias decisiones.

3. Control de la información: Existen dos aspectos sobre este punto: de un lado, la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de la vida privada y del otro, la posibilidad de controlar el manejo y circulación de la información, cuando ha sido confiada a un tercero”.

2.3.1.3.1.2 La intimidad personal y la privacidad familiar

2.3.1.3.1.2.1 Las normas

La Legislación peruana establece dos aspectos complementarios en la noción de intimidad: la *personal* y la *familiar*.

El Art. 20 Constitución peruana vigente señala:

Toda persona tiene derecho a: (...)

7.- a la intimidad personal y familiar....

El respeto de la vida privada es objeto de un derecho subjetivo, que, por su naturaleza, se encuentra próximo de los derechos de la personalidad anteriormente analizados. Se reconoce este derecho a todas y cada una de las personas físicas, incluso a los que son incapaces de ejercerlo personalmente. No es, sin embargo, contra terceros, ni en general contra los titulares de la autoridad parental, que un menor o un incapaz pueden reclamar una vida privada autónoma.

El respeto de la vida privada se traduce esencialmente por un deber de abstención: es imperativo dejar solo, tranquilo al individuo. Esta tranquilidad representa el valor psicológico protegido, reviste aspectos múltiples y concretamente diferentes: permanecer desconocido; no ser espiado, seguido, solicitado, cuestionado; no escuchar pronunciar su nombre en público; ni ver revelada su biografía o su genealogía, el estado de su fortuna o sus deudas; ni relatarse los actos de su existencia diaria, etc. Pero la referencia hecha a la vida privada señala muy claramente que la vida pública permanece fuera de la protección legal. La dificultad consiste entonces en trazar entre los dos una frontera válida.

Los hombres políticos, los literatos o las estrellas del cinema, radio o televisión, detrás de su vida pública, observada por todos nosotros, tienen una vida privada, que pueden desear preservar. Igualmente, los personajes históricos pertenecen a los historiadores en su vida pública y a sus familias en su vida privada. Los profesionales de la indiscreción se oponen, sin embargo, indicando que la disociación es artificial; que la vida privada contribuye a esclarecer la vida pública; que aquel que pretendió ser célebre, renuncie a prevalerse de una esfera de intimidad.

Aquí podemos observar que libertades antagonistas, o incluso derechos, pueden neutralizar el derecho al respeto de la vida privada: así, la libertad de la prensa o aquel de la investigación histórica, y de manera más general la libertad de la información puede imponer un determinado estilo de vida.

De igual manera, el código civil vigente, en su artículo 14° define: la intimidad de la vida personal y familiar.

Para Carbonell Lazo, y otros: “El derecho a la intimidad comprende no solo los aspectos de la propia vida personal, sino también determinados aspectos de la vida de otras personas con las que guardan una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que por esa relación o vínculo familiar, coinciden en la propia esfera de la personalidad del individuo”

2.3.1.3.1.2.1.1 Intimidad personal

Según Bernal Ballesteros, la intimidad personal “Es el ámbito restringido en torno al individuo mismo. Es aquella intimidad que incluso, puede negarla a sus familiares”.

Al hablar de intimidad personal nos estamos refiriendo a ciertos datos y comportamientos propios de cada persona que, como mencionamos anteriormente, las reserva solo para sí, ya sea por la delicadeza del dato o comportamiento; o porque la persona simplemente, quiere mantenerlos reservados y por lo tanto ajenos del conocimiento de terceros inclusive de sus mismos familiares.

2.3.1.3.1.2.1.2 *Intimidad familiar o privacidad*

En relación a la intimidad familiar o privacidad, Bernales Ballesteros sostiene que “... son todos los eventos y situaciones que pertenecen a las relaciones que existen dentro de la familia; las relaciones conyugales, de padres e hijos, de hermanos, etc.”

Por su parte Manuel Cepeda, defiende la protección del derecho a la intimidad familiar: “De esta manera se protege el núcleo fundamental de la sociedad donde se puede enriquecer la vida humana”. En este caso se protege aquellos datos y asuntos que surgen al interior del hogar producto de las múltiples relaciones de sus miembros.

Es lógico que se proteja la intimidad familiar, puesto que es en el interior de la familia donde sus miembros producen una variedad de situaciones y relaciones de incomparable intensidad, diferente a aquellas relaciones que puedan tener cada uno de sus miembros con terceros.

Cuanto al soporte, no es necesario que la indiscreción provenga de un órgano de prensa, *stricto sensu*, para ser procesado por ataque a la vida privada. El soporte de la información es indiferente del acto ilegal, puesto que un atentado contra la vida privada puede reprocharse con motivo de la difusión de información controvertida. No hay tampoco, ninguna oposición sobre el soporte electrónico ni la difusión numérica de la información para impugnar la invocación de los artículos legislativos pertinentes.

2.3.1.3.1.2.2 *Las sanciones*

2.3.1.3.1.2.2.1 *Civiles*

De la concepción de la vida privada prevista por la Constitución y el Código Civil en materia de derecho subjetivo, se deduce que la norma se aplica desde la amenaza o la comisión de la infracción. No es que el sistema de protección en adelante se traslade a los arts. 1969, 1970: la alusión a la reparación del daño pone de manifiesto que no es el caso. Lo que es nuevo, es que la sola comprobación de la lesión indica presunción de perjuicio moral y existencia de delito.

Otra novedad, que tiene seguramente un mayor alcance práctico, es el refuerzo de las sanciones (*lato sensu*). En esta clase de proceso, las eternas condenas pecuniarias en forma de daños y perjuicios son poco eficaces. La tendencia es a la demanda de reparación en especie, y sobre todo una acción preventiva destinada a adelantarse a las indiscreciones, vía medidas cautelares como embargos, o secuestros u otras sobre los diarios, libros, películas, conferencias, etc., que afectan la vida privada, e inclusive los equipos y material.

2.3.1.3.1.2.2 Penales

Este derecho ha sido tipificado también en el código penal, en los artículos 154° al 158° Desde una pena privativa de dos años, que puede ser mayor de probarse circunstancias agravantes, o según el estatus del agente o el uso indebido de archivos computarizados. Estos delitos son perseguibles por acción privada.

2.3.1.3.2 Difusión de informaciones relativa a la vida privada

La difusión de informaciones relativas a la vida privada supone una: 1. *Autorización*. Pero a su vez co-existen una serie de normas específicas que regulan la autorización exigible sobre la vida privada de las: 2. *Personas menores o incapaces mayores*.

2.3.1.3.2.1 Autorización

Las normas precedentemente aludidas y las decisiones de justicia nos recuerdan el derecho de toda persona al respeto de su vida privada, fijando ella misma los límites de lo que puede ser o no publicado. Ello significa que toda revelación de un elemento de la vida privada de una persona supone una autorización, excepto presunción de explotación anónima. La autorización debe contemplar con precisión el alcance de la publicación, de ahí el interés de un contrato escrito, para evitar todo con-

flicto posterior. La carga de la prueba pesa sobre la persona que se prevale de la autorización, es decir, generalmente, el autor de la publicación.

Sin embargo, es necesario tener presente que toda divulgación de información relativa a la vida privada que no está prevista expresamente, no está autorizada. Será conveniente, cuando proceda, retornar nuevamente a la persona para solicitar una nueva autorización, para una publicación no prevista originalmente. Así la autorización otorgada para la publicación de biografías a carácter universitario, en una edición papel, no valdrá para otra edición o en otro soporte.

2.3.1.3.2.2 Persona menor o incapaz mayor

Toda revelación de información relativa a la vida privada de un menor o de un incapaz mayor supone una autorización de su representante legal. Se considera como el representante legal al (los) padre (s) titular (es) de la autoridad parental o el tutor.

2.3.1.3.3 Excepciones al derecho de la vida privada

2.3.1.3.3.1 Existencia de un contrato

Constituye la situación ideal, en el cual existe un contrato firmado en el que se fijan las condiciones de publicación de una información que afecta a la vida privada de una persona, se evita así toda dificultad. No siempre es así en la práctica; incluso en presencia de un contrato, debido a la ambigüedad o al carácter incompleto de éste (no considerada la posibilidad de publicación) o de desacuerdo que puede existir sobre la opinión que se han hecho los interesados sobre los límites de la vida privada.

2.3.1.3.3.2 Ausencia de un contrato

La ausencia de contrato se encuentra, frecuentemente, durante las investigaciones llevadas a cabo por historiadores, psicólogos o sociólogos.

Ella puede explicarse por la imposibilidad psicológica (riesgo de reticencia y pérdida de confianza) de hacer firmar un contrato a la persona que habla por sí misma o por el hecho que un “testigo” involucre otras personas que ella misma. Se explica, *a fortiori*, por la imposibilidad material de obtención de las autorizaciones (antiguos archivos, beneficiarios imposibles de encontrar,...).

Al respecto, tres conceptos permiten atenuar la ausencia de contrato: el concepto de vida pública (1), el de acontecimiento de actualidad (2) o aún los derechos de la historia (3)

2.3.1.3.4 Rasgos comunes al derecho de la personalidad

Al intentar identificar aquellos rasgos que tienen en común, los derechos de la personalidad, aparecen los siguientes rasgos:

- 1 *Generales.* – *A priori*, toda persona está dotada de ellos.
- 2 *Extra patrimoniales.* No poseen por ellos mismos un valor pecuniario (aún cuando puedan dar lugar a reparación dineraria). No son fundamentalmente ni cesibles, ni embargables, ni susceptibles de renuncia.
- 3 *Absolutos.* Se imponen para ser respetados por todos. Es un carácter que tienen en común con los derechos reales, en oposición a los derechos personales, lo que ha dado lugar, algunas veces a afirmar que eran derechos privativos, incluso verdaderos derechos de propiedad sobre los bienes inmateriales (sobre el nombre, la imagen, etc.).

Sin embargo, hemos visto que algunos de los rasgos comunes son incompatibles con los derechos a/sobre la imagen.

2.3.2 Libertades individuales

Decíamos antes que la libertad es la posibilidad reconocida a la persona de hacer aquello que le place, el poder de actuar según su propia determinación. No tiene un objeto preciso para constituirse en derecho

subjetivo, en sentido técnico del término, es más bien, un derecho “potencial”, “virtual”, “posible”.

La libertad ha sido definida frecuentemente por negación, por sus límites según la fórmula de la Declaración de 1789: la obligación, el deber de no perturbar a terceros. En el derecho civil lo ha sido de manera afirmativa, precisa, en relación a los *derechos* reconocidos a los demás. En consecuencia, la libertad no se afirma solamente con relación al Estado, sino también en las relaciones entre los individuos. Es este aspecto civilista del problema al cual nos referimos: la libertad civil, la libertad garantizada por el derecho civil, aquella que sirve de garantía a la persona privada contra las usurpaciones por terceros. Es innecesario, además, referirse a un concepto general, que, por su propia abstracción, sería poco útil. La libertad se diversifica según la actividad humana a la cual la aplicamos. Mas que de *la* libertad civil, se trata de ocuparnos en la práctica *de las* libertades civiles concretas. Sería inútil pretender dar aquí una enumeración exhaustiva de estas libertades nos limitaremos a recordar algunas categorías clásicas a la cual se refiere el derecho público, transponiéndolas al derecho privado:

La identidad digital, no limita, en principio, estos derechos atribuibles a las libertades individuales, en tanto exista una correspondencia exacta entre identidad real e identidad digital

2.3.2.1 LIBERTAD DE MOVIMIENTO

Considerada como la libertad de ir y venir de la persona, ella plantea, sin embargo, en su relación al derecho civil, algunas limitaciones que son ya conocidas en derecho público (abuso de la detención provisional, por ejemplo).

En el derecho civil, se plantean algunas figuras sobre los cuales los legisladores han ido pronunciándose gradualmente. El derecho de tránsito o de paso sobre la propiedad de terceros, servidumbres, cuando la propia se encuentra enclavada, sin salida a la vía pública; la validez de donaciones o testamentos, en las cuales el causante impone al beneficiario, como

condición de su liberalidad, la obligación de vivir en una ciudad o en una casa determinada, o por el contrario, la prohibición de permanecer en ellas.

Tales derechos como su aplicación práctica, por la inercia o la presión psicológica que ejercen sobre el propietario, poseedor o beneficiario de la sucesión, corren el riesgo de limitar u obstaculizar el desplazamiento de la persona o por el beneficio de la liberalidad generar una especie de cautiverio o, contrariamente, de prohibición de estancia. No obstante, múltiples decisiones de justicia se inclinan a validarlos – aún cuando su efecto es limitado en el tiempo - siempre que sean justificadas por un interés considerado legítimo (Ej. impedir el abandono de la casa familiar; evitar el contacto entre una familia legítima y el cónyuge infiel).

2.3.2.2 LIBERTAD DE HACER Y NO HACER

No es sino por propia determinación, “voluntaria”, que el individuo puede perder parte de esa libertad. Es el caso del contrato de trabajo, por el cual una persona se compromete a prestar sus servicios en favor de otro, mediante remuneración. La precariedad del vínculo es el único factor que pudiera salvar la libertad individual de la relación así creada. La precariedad se observa en una serie de normas: prohibición de comprometer sus servicios vitaliciamente, por ejemplo, que podría asemejarse a los regímenes de la esclavitud.

En última instancia, la libertad será protegida civilmente por los arts. 1150 y 1152 del código civil, desprendiéndose de esta figura, que si el deudor de una obligación de hacer o de no hacer no la realiza de manera espontánea, el acreedor podrá optar por exigir la ejecución forzada, que la prestación sea ejecutada por persona distinta y por cuenta del deudor, o dejar sin efecto la obligación; y podrá liberarse de la relación abonando la indemnización que corresponda por los daños e intereses equivalentes al perjuicio causado.

Sobre la libertad de acción o de inercia, el derecho renuncia a resolver únicamente por la motivación de un incentivo o interés pecuniario, en esta premisa encontramos el fundamento del debido respeto del cuerpo humano.

2.3.2.3 LIBERTAD DE DOMICILIO O INVIOLABILIDAD

En oposición con la libertad de movimiento, existe una libertad de inercia, de residir en el domicilio elegido. La casa, la residencia constituye la barrera de protección, el reducto del individuo.

La inviolabilidad del domicilio está garantizada por el derecho público contra los abusos de la autoridad. También está garantizada por el derecho civil contra los abusos por terceros. La analogía es sorprendente cuando el derecho civil se ocupa de determinar en qué medida un funcionario, operando a petición de una persona privada, puede penetrar en el domicilio de otra para levantar un acta de constatación? (Ej. la constatación de adulterio en una acción de divorcio). La jurisprudencia exige que el secretario, ujier, haya sido previamente autorizado, mediante resolución del magistrado civil; bajo apercibimiento de declararse nula el acta de constatación, practicada en forma u horas indebidas. Bajo esta doble reserva, se admite la legalidad del acto, validando un principio de libertad, que, indudablemente, no tiene sino valor relativo.

La inviolabilidad del domicilio se encuentra también contemplada en otras secciones del derecho civil. El derecho de cierre declarado por el art. 963 del CCP, el mismo que faculta implícitamente una violación del domicilio aun cuando las causas de peligrosidad puedan ser atendibles. Pero, fuera de éste y de otros referidos a la persona jurídica o moral, existen otros casos, reconocidos por la jurisprudencia, sobre una libertad de cierre, más amplia, porque alcanza a toda persona al interior de su residencia, y no solamente al propietario - la libertad de cerrar su domicilio, o incluso habilitarlo defensivamente sirviéndose de trampas o de animales, sin incurrir en responsabilidad a favor de las posibles víctimas. Y es necesario admitir, como consecuencia de esta libertad, el derecho a toda la persona, ella misma, de expulsar del lugar donde vive efectivamente a los intrusos, aquellos individuos que se introducen sin derecho, con tal que la violencia empleada a tal efecto sea moderada.

Lo que muestra que la libertad de encerrarse en su domicilio no es un privilegio del propietario, sino que ella puede oponerse al propio propietario por un arrendatario. Obviamente, el arrendador o propietario

conserva un derecho de control, en consecuencia, un derecho de acceso, al inmueble, al edificio, a las partes individuales y comunes que siguen siendo de su propiedad, al menos para controlar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el arrendatario, relativas a ese bien (Por ejemplo: reparaciones locativas, verificación del estado del inmueble,...). Pero ello no faculta un acceso intermitente ni desmesurado del propietario. El principio, al cual siempre retornaremos: es la independencia del arrendatario a los espacios alquilados, pero también de acceso del propietario a su bien.

2.3.2.4 LIBERTAD DE CONCIENCIA

Es posible recurrir a la protección del derecho civil, particularmente, en los conflictos familiares relativos a la educación religiosa de los niños, cuando los padres, ascendientes, o tutores se encuentran en vida. Como en los casos, en los cuales, los causantes de una sucesión supeditan sus liberalidades a condición que los legatarios cambien o no de religión, se casen o no con personas de determinada confesión religiosa. Estas condiciones pueden juzgarse ilícitas reputándose entonces por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley art. 689, por atentatorias a la libertad de conciencia.

Otras consideraciones, sin embargo, han sido aceptadas en otras ocasiones porque son menos evidentes: cuando existe acuerdo entre las partes - aún cuando éste sea contrario a una norma legal imperativa o válida en otras ocasiones - o si la propia ley impone reglas o establece limitaciones al contenido de los contratos. Estas dos referencias apuntan a aquellos contratos racistas, sexistas, sectarios, originados por la negativa a contratar (vender, emplear, ceder) aplicable a una persona en razón de su pertenencia o no-pertenencia a un segmento étnico, género, o confesión determinada. Estas cláusulas de empleo, raciales, étnicas o confesionales son ilícitas en los contratos. Sin embargo, existen determinados casos en los cuales la naturaleza religiosa, de género, racial o étnica de la oferta impone una cierta selección del co-contratante: un sacerdote puede exigir que su sacristán no sea ateo, por ejemplo. Existe también un

equilibrio delicado a respetar, entre la libertad de conciencia individual y la libertad colectiva de la comunidad religiosa.

2.3.2.5 LIBERTADES PROFESIONALES

Resultan de algunas libertades que sólo se ejercen con motivo de una actividad especializada. Las mencionamos porque interesan principalmente otras áreas del derecho civil (derecho comercial, derecho del trabajo, derecho informático). Entre ellas mencionamos, la *libertad*, en particular, de *comercio y de industria* y el *derecho al trabajo*, que puede poner en peligro, por ejemplo, la *cláusula de no-competencia*, cláusula del contrato de trabajo por la cual un empleado se compromete, al momento del cambio de empleo, o en el caso que recibiera otra propuesta, a no crear una empresa competidora o no entrar al servicio de un empresario competidor.

El interés del empleador, que puede ser seriamente afectado, si el empleado aportara a terceros “secretos de fabricación”, “cartera de clientes”, “estrategia comercial” condujo a validar esta cláusula de principio, a condición que la prohibición sea temporal o, suponiéndola ilimitada en el tiempo, se limite en el espacio, a un determinado ámbito territorial.

La cláusula pudiera ser declarada nula, sin embargo, si la ejecución de la cláusula, pone en dificultades al empleado para encontrar otro empleo pues colisiona con su derecho al trabajo.

2.3.3 Igualdad civil

Libertad e igualdad son dos términos indisolublemente unidos en la fraseología política. Según Rousseau, sin igualdad, la libertad no existiría. Existe pues un principio de igualdad civil, como consecuencia del principio de libertad.

No debe confundirse este principio general con algunas normas especiales de igualdad, o algunas normas de igualdad especializada, que figuran también en el derecho civil peruano: particularmente, la norma de

la igualdad entre acreedores; la norma de la igualdad sucesoria, en particular entre hermanos y hermanas en la sucesión de los padres (CCP. Art. 818). Estas normas particulares (sobre todo la última) guardan relación con el principio general: proceden de los mismos sentimientos y pueden contribuir a hacerlos más eficientes (el fraccionamiento de la propiedad resultante de la igualdad sucesoria tiende a crear una igualdad de condiciones económicas, en la cual la igualdad de derecho se desarrolla más fácilmente). Pero para los objetivos de la presente obra, solo se tratará el principio general: a. *principio y límites*, a pesar de b. *las desigualdades* que el derecho legítima, y de c. *las discriminaciones*, que condena.

La igualdad civil, tampoco limita, en principio, los derechos atribuibles a la personalidad, en tanto exista una correspondencia exacta entre identidad real e identidad digital

2.3.3.1. PRINCIPIOS Y LIMITES A LA IGUALDAD CIVIL

El derecho civil moderno se basa esencialmente en el postulado que una persona física cualquiera es igual a cualquier otra persona física. Igualdad en derecho no significa necesariamente igualdad en los hechos. La igualdad civil es la igual aptitud a gozar de los derechos civiles. Este principio ha sido recogido en el artículo 3, del CCP: “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles...”.

Este espíritu de igualdad, es uno de los aspectos fundamentales que guían la ideología del Código, este espíritu no hace sino transponer al derecho civil uno de los axiomas de la Declaración de los Derechos Humanos de 1789. Para estimar la influencia de la Revolución Francesa, nos basta solamente compararlo con la isonomía de un Tratado moderno de derecho civil, la *división de las personas* que Pothier proponía en su Tratado de las personas y de los bienes (división en clérigos, nobles, gente del tercer estado y siervos, regnícolas y forasteros, personas que perdieron la vida civil o que la recuperaron, legítimos y bastardos, etc.)

De una concepción a otra, la distancia es inmensa, aún si se considera que los jurisconsultos del antiguo derecho admitían una igualdad

de derecho natural subyacente a las desigualdades de derecho civil y que inversamente, en el sistema moderno, el principio de igualdad supone múltiples excepciones.

2.3.3.2 LAS DESIGUALDADES LEGITIMADAS

Entre estas excepciones, algunas ya se encontraban en el derecho civil clásico del código de Napoleón; las otras se manifestaron al final del siglo XIX, en reacción contra los principios de 1804.

2.3.3.2.1 Excepciones al derecho civil clásico

Su existencia se explica histórica como racionalmente, formando dos grupos, de valor diferente.

2.3.3.2.1.1 Excepciones históricas

El código de Napoleón, deliberadamente infiel a los postulados de la Revolución, restauró dos desigualdades del antiguo derecho, tanto más evidentes cuanto ellas establecían diferencias en la persona desde y por el nacimiento. La primera, se refería a los extranjeros (Art. 11); pero fue atenuada al desarrollarse las relaciones internacionales, a pesar del empuje de los esporádicos nacionalismos. El otro afectaba a los niños naturales; pero fue abrogada tardíamente por la ley sobre la filiación (Art. 334) del 3 enero de 1972, aún cuando los derechos del niño adulterino sufren siempre una determinada reducción (cada menos económica que social) en los intereses del cónyuge y de los niños legítimos del autor

Con un carácter menos acusado - precisamente porque no se trata ya de desigualdades de nacimiento - existen otras discriminaciones, evidentes o implícitas en el Código y que la realidad nos recuerda aún el pasado de menosprecio persistente para las personas normales y corrientes: fijación del domicilio de dependencia impuesto a los criados, o por el marido, en el domicilio conyugal.

2.3.3.2.1.2 Excepciones racionales

No hay desigualdad, sino igualdad verdadera – decimos desde Aristóteles - al tratar desigualmente las cosas desiguales. Es por ello que puede afirmarse que algunas excepciones al principio de igualdad (puramente aparentes, desde un punto de vista filosófico) son racionales porque responden a la naturaleza de las cosas. Tal es el caso del sistema de incapacidades, que se traduce en desigualdades, pero basadas sobre datos naturales (edad, estado mental). Mucho tiempo se ha creído que se justificaba así mismo la incapacidad de las mujeres casadas, hoy corregida.

La idea de que las cosas desiguales deban tratarse desigualmente la encontramos en los mecanismos jurídicos corrientes. Así, en los procesos alimentarios, estos no se limitan a las necesidades mínimas fisiológicas del acreedor, sino toman en consideración la situación social del obligado. La responsabilidad civil es también un instrumento de diversidad y desigualdad en la apreciación de la falta; no se prohíbe a los jueces tener en cuenta el grado de cultura, la inteligencia, la experiencia del presunto responsable. De otro lado, los daños y perjuicios destinados a reparar el perjuicio corporal han sido establecidos sobre el lucro cesante resultante de la incapacidad laboral. Ahora bien, este lucro cesante es tanto más elevado cuanto la víctima se ubique más alto en la jerarquía o “status” social. En la valoración de la falta o delito de la víctima, en los accidentes de tránsito, los jueces tienen en cuenta la edad: joven o viejo, y la capacidad o limitación física.

2.3.3.2.2 Excepciones del derecho civil contemporáneo

Desde el final del siglo pasado, el derecho civil intenta deshacerse del atomismo del código de Napoleón. En oposición con los seres abstractos e intercambiables sobre los cuales razonaba la teoría clásica, el imperativo es normar sobre hombres y mujeres concretos, tomados en la realidad de su trabajo, de sus necesidades, de su situación familiar, etc. Dos conceptos: profesión y categoría social, son los instrumentos principales de esta diferenciación.

2.3.3.2.2.1 Profesión

Cada profesión aspira a tener sus propias normas de derecho, particulares, específicas, cuanto a la apropiación de los bienes que ella utiliza, a los contratos que suscribe, a la responsabilidad en la que incurre. Como ejemplos tenemos un derecho de arrendamiento, urbano: construido como rústico, o rural, los mismos que atentan contra el derecho común o general de arrendamiento e incluso contra el contrato en general; o, el de la responsabilidad de los médicos y sus matices jurisprudenciales, frente al problema de la responsabilidad en general, etc.

2.3.3.2.2.2 Categoría social

Cada vez más, los individuos tienen conciencia de pertenecer a una determinada categoría social, que los reagrupa en un conjunto de individuos sensibles de reivindicar ciertas ventajas o diferencias. Este resurgimiento de privilegios, interesa particularmente al derecho público: desgravámenes de impuestos, subvenciones, asignaciones, etc. Pero también el derecho privado, pues ciertas leyes constituyen fuentes de privilegios. Concebida para la protección de ciertas categorías sociales, de privilegios en su favor y, consecuentemente, de restricciones de derechos contra otros. Estas nuevas desigualdades, sin embargo, no tienen mucho de común con aquellas de la Colonia. Se establecen en interés de grandes grupos sociales, o del colonizador, o de segmentos. Tienen por objeto proporcionar derechos no por la fuerza, sino por compromisos o necesidades. Son desigualdades jurídicas compensatorias de desigualdades económicas, y destinadas a restaurar, aparentemente, una verdadera igualdad. Los ejemplos de jubilación anticipada de los marinos, militares, policías, mineros, bomberos, etc. son algunas de las muestras de esta categoría.

2.3.3.3. DISCRIMINACIONES

La referencia a la igualdad desaparece ante una fórmula negativa: la condena de las discriminaciones. La discriminación es una ruptura de la igualdad, pero por el rechazo de una categoría de personas ajenas al

derecho común. Reprime ciertas maniobras negativas en la celebración de actos y contratos, en particular, cuando son inspirados por un móvil discriminatorio.

Ciertas de estas discriminaciones se deben al origen racial o étnico, al género, a las preferencias sexuales de la víctima (homosexuales, por ejemplo), de la situación familiar (casado, conviviente), de la pertenencia o no-pertenencia a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada. De allí, se puede inducir cuáles son, actualmente, para el legislador, los puntos más sensibles referidos a la cuestión de la igualdad. Pueden concebirse, sin embargo, otras discriminaciones, relativas a la edad, a la clase social o la situación económica.

REGULACIÓN DE NBIC

Regulación y NBIC

- Las sociedades mantienen sistemas de regulación multi-dominios que responden a imperativos económicos, sociales, culturales, lingüísticos, lógicos.
- En cierta medida estos sistemas corresponden a avances de la ciencia y la tecnología.
- Actualmente, la ciencia y la tecnología convergen y se integran a la escala Nano- Bio-Info-Ciencias Cognitivas.
- Es la era de la convergencia e integración de los elementos que operan a nivel nano, mil millonésima parte de una unidad, es decir, de átomos, chips, neuronas, genes, cúbits [Un cúbit o bit cuántico (del inglés quantum bit o qubit) es un sistema cuántico con dos estados propios y que puede ser manipulado arbitrariamente].

El desafío es el de identificar los límites éticos, jurídicos y morales de la convergencia e integración de los bienes y servicios resultantes de las NBIC que respeten los imperativos de bienestar y dignidad humana.

Constitución y Leyes

Este desafío pasa por regular los bienes y servicios resultantes de las NBIC que respeten los imperativos de bienestar y dignidad humana, acordes con las normas.

Prejuicios

No obstante, los científicos e ingenieros se quejan con frecuencia de que los abogados reprimen la innovación y obstaculizan el progreso y el rápido avance de los descubrimientos científicos/tecnológicos.

Una de las razones de esta insatisfacción podría ser que juristas y científicos siguen viendo el mundo a través de lentes muy diferentes.

Ninguna disciplina por sí sola tiene el monopolio de la visión del mundo o del Proyecto Social; la idea es que todas la disciplina contribuyen a que la sociedad tenga un cierto orden y ética que permita un cierto progreso, bienestar, por lo que deberían reconciliar sus diferencias y armonizar sus intereses por el bien común.

Jerarquía e Interpretación

La regulación de las normas debiera corresponder a mantener la jerarquía e interpretación de las normas:

- Según la **jerarquía**:
 - la Constitución es la Ley Fundamental, **promulgada por una Asamblea Constituyente**.
 - Demás Leyes, **promulgadas por el Congreso**: Ley de Bases, Leyes Orgánicas, Códigos, Leyes Ordinarias, Resoluciones Legislativas, Decretos Legislativo
 - Leyes **promulgadas por el Ejecutivo**.
 - Leyes **promulgadas por Gobiernos de facto**.
- El **Poder Judicial interpreta** las leyes.

Precedencia

Surgen con relación a este principio algunas interrogantes:

- ¿Se debe preferir la Constitución, a la ley, a la intención del pueblo, a la intención de sus representantes?
- ¿Respecto a la interpretación entre dos leyes contradictorias?
- ¿La regla que haya sido obtenida en los tribunales (Jurisprudencia) servirá para determinar su validez relativa es que la última será preferida en función del tiempo a la primera?
- ¿Puede la precedencia legal actual ser suficiente para interpretar impugnaciones que puedan presentarse ante los tribunales?
- ¿La precedencia es el paradigma legal actual adecuado para afrontar las consecuencias no deseadas que puedan resultar de la integración convergente de nanotecnología, biotecnología, tecnologías de la información y ciencia cognitiva (NBIC)?
- ¿Si los problemas científicos, tecnológicos impregnan el derecho, son las pruebas vigentes promulgadas para la admisibilidad de evidencia suficientemente sólidas para satisfacer el estándar de confiabilidad probatoria?
- ¿La manera como los tribunales interpretan los hechos científicos afecta sus decisiones, así como su capacidad para separar y distinguir la ciencia de la llamada basura ciencia, pseudociencia o «ciencia patológica».

La ciencia, la tecnología y la evidencia.

Siguen siendo validas:

- La evidencia o prueba captadas por los sentidos.
- La evidencia o prueba captadas a través de terceros
- Le evidencia o prueba a través de la admisibilidad de las nuevas evidencias científicas.

(Ejemplo: La Regla Federal de Evidencia 702, U.S. La Corte Suprema sostuvo que el estándar de admisibilidad de las nuevas evidencias científicas resulta de la demostración de confiabilidad basada en si:

1. Una teoría o técnica puede ser probada y/o ha sido probada.
2. La teoría o técnica ha sido revisada por pares y publicada.
3. Existe, con respecto a una técnica en particular, un alto nivel conocido o tasa potencial de error, y si existen normas que controlen la operación de la técnica.
4. La teoría o técnica goza de aceptación general dentro de una comunidad científica.

Este Estándar fue ampliado posteriormente:

5. El Juez es suficientemente competente para evaluar evidencia sin recurrir a lo generalmente aceptado en la comunidad científica.
6. El perito propuesto esta capacitado en ingeniería, técnica o en otro ámbito no descrito como científico.
7. Si se requieren conocimientos científicos, técnicos u otros conocimientos especializados para asistir al examinador de hechos a comprender la evidencia o determinar un hecho problemático, un testigo calificado como experto por conocimiento, habilidad, experiencia, capacitación o educación, puede testimoniar bajo la forma de opinión o de otra manera, si:
 - (1) el testimonio se basa en hechos o datos suficientes;
 - (2) el testimonio es el producto de principios y métodos fiables; y
 - (3) si el testigo ha aplicado los principios y métodos de manera confiable a los hechos del caso .

CONCLUSIÓN

A medida que la tecnología y el conocimiento científico han evolucionado a un ritmo cada vez mayor ritmo en las ultimas décadas, los legisladores y magistrados de los diferentes países han obrado en la tarea

de separar los hechos científicos de la ficción, determinando lo que constituye evidencia científica, tecnológica, de lo que no lo es.

Pero las NBIC, presentan aun algunos riesgos de toxicidad, de efectos secundarios que no pueden ser anticipados ni controlados, con tales incertidumbres científicas, cómo legislar sobre las nanotecnologías y de manera general sobre las NBIC ? Cómo regular sobre algo sobre la cual pesan tantas incertidumbres ?

Sin embargo, es precisamente porque las hipótesis generales de los transhumanistas (bio-progresistas) son hipótesis de trabajo plausibles y graves que los adversarios (bio-conservadores como Sandel, Fukuyama o Habermas,) militan a favor de una regulación muy estricta o prohibición de innovaciones vinculadas a la convergencia de NBIC y evitar la desacralización del cuerpo y del espíritu humano y los métodos y prácticas eugenistas (Selección de individuos de una población en función de su composición genética y eliminar individuos que no caen dentro de un marco de selección predefinido).

A la luz de las diferentes corrientes del pensamiento transhumanista, resulta imperativo obtener una visión general con **el objeto de garantizar el interés general de humanidad**. El alcance de este interés general radica en la **obligación de encontrar un justo equilibrio entre la equidad social y desarrollo tecno-científico**. Este equilibrio se basa en determinar dónde quiere la humanidad colocar el cursor legal sobre la convergencia e integración de las NBIC y el Transhumanismo.

Dos condiciones imperativas para este marco: **información y legislación global**. Los órganos encargados de legislar sobre estas opciones deben primero informarse de manera imparcial y sin prejuicios, para luego ofrecer a sus naciones una visión de conjunto a fin que ellos determinen, de manera ilustrada, la sociedad del futuro. Por último, si es tolerable para los ciudadanos de aceptar ciertas diferencias de legislaciones, en ámbitos donde estos no pueden cambiar la faz del mundo a pesar de los desequilibrios que proporcionan, No será aceptable que diferentes legislaciones crean diferencias y discriminación significativa en temas como la esperanza de vida o el envejecimiento saludable.

Aportes de la comunidad internacional

Varias instituciones internacionales han abordado la problemática planteada por las nanotecnologías, con el fin de identificar algunas pautas.

En la **UNESCO**, ha sido consagrado un programa a las cuestiones éticas de las nanotecnologías y se están realizando estudios prospectivos, encaminados a tener en cuenta su impacto social y ético, a través de un enfoque interdisciplinario. Este trabajo se centra en la caracterización de nanopartículas, el impacto en el medio ambiente, la toxicidad, la nanomedicina, la privacidad, la confidencialidad, la vigilancia pública, las aplicaciones militares, pero también en la difusión del conocimiento y cuestiones de propiedad intelectual. Las propuestas convergen en la necesidad de una educación ética y un principio rector ético voluntario para los científicos.

ACCIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

El Séptimo Programa Marco de Investigación y Desarrollo debería financiar nanotecnologías por valor de 3.500 millones de euros; al mismo tiempo, el Plan de Acción Europeo incorpora no solo la dimensión empresarial / industrial, sino también el riesgo, la seguridad de los trabajadores, los ciudadanos, los consumidores, el medio ambiente y la cuestión internacional. Se han creado comités especializados, en particular sobre la metodología de evaluación de riesgos, y sobre aspectos regulatorios. El proyecto NanoSafe, liderado por el CEA para Francia, está orientado al riesgo. NanoSafe1 permitió establecer un inventario. NanoSafe2, planificado a cuatro años con un presupuesto de 12,5 millones de euros, es más ambicioso e incluye cuatro subproyectos: desarrollo de tecnologías de detección con una reducción sustancial de su coste; evaluación de riesgos mediante cribaje y análisis rápido de toxicidad; asegurar sistemas y procesos industriales; Aspectos ambientales y sociales, con reciclaje y análisis del ciclo de vida. Cuando se trata de cuestiones éticas, el marco legislativo europeo general parece adecuado.

No obstante, se está llevando a cabo una reflexión estratégica sobre la ética a través de las redes Eranet, NanotoLife y la plataforma NanoMedicine, que ha elaborado un documento sobre estrategias de desarrollo y programas europeos más centrados en la toxicología y comunicación de las nanopartículas.

DIÁLOGO INTERNACIONAL RESPONSABLE

Desde 2004, este foro informal ha ofrecido a los representantes gubernamentales de todos los países un marco para discutir la Gobernanza y la convergencia de la nanotecnología, con el fin de anticipar los desarrollos. 25 países, incluidos Francia, Japón y Estados Unidos, participan cada año. Recomienda dedicar una mayor parte de los presupuestos públicos y privados a la investigación de riesgos, sobre la base de una cooperación institucional internacional reforzada, la constitución de una base de datos relacionada con las características de las nanopartículas, la adopción de una metodología armonizada para la evaluación multicriterio de sus impactos, y en un observatorio social.

POST CONCLUSIÓN: EL TRANSHUMANISMO

Sin embargo, la «mejora humana» no es solo una cuestión de ciencia o técnica. Los aspectos éticos, jurídicos y morales no se encuentran aun presentes en el debate .

Por supuesto, a menudo se recuerda que “estos desarrollos revolucionarios deben guiarse por el respeto al bienestar y la dignidad humana”, pero se detienen ahí . Si bien la mayoría de los Estados tardan en llegar a un acuerdo -por ejemplo, sobre el tema de la clonación reproductiva, comprendemos la complejidad moral inducida por las NBIC.

Potencial y precisamente por lo que se trata de modificar o «mejorar», aspectos que constituyen la esencia misma del hombre, la disposición y funcionamiento de sus capacidades intelectuales, cognitivas y sus capacidades físicas, los problemas éticos, morales, jurídicos son infinitos.

Sin embargo, algunas reflexiones sobre el tema están siendo abordadas por corrientes “Transhumanistas”. Agrupados dentro de la Asociación Mundial de Transhumanismo (WTA), fundada en 1998 y dirigida por Nick Bostrom, profesor de filosofía en la Universidad de Yale, Inglaterra, los «transhumanistas» suelen ser científicos, sociólogos o filósofos, “que consideran que es posible y deseable mejorar las capacidades humanas desde el punto de vista intelectual, físico o psicológico, mientras se lucha contra el proceso de envejecimiento”. Pero también, y sobre todo, los transhumanistas buscan estudiar “las amenazas y peligros de utilizar la ciencia y la tecnología que buscan superar los límites humanos”.

«El transhumanismo es una forma de pensar el futuro basada en la premisa de que la especie humano en su forma actual no representa el final de nuestro desarrollo, sino una fase comparativamente bastante primitivo. Lo definimos formalmente de la siguiente manera: El movimiento intelectual y cultural que afirma la posibilidad y la conveniencia de mejoras fundamentales de la condición humana a través de la razón aplicada, especialmente en el desarrollo y hacer que las tecnologías estén ampliamente disponibles para eliminar el envejecimiento y mejorar capacidades intelectuales, físicas y psicológicas enormemente humanas.

Estudiar las ramificaciones, promesas y peligros potenciales de las tecnologías que nos harán capaces superar las limitaciones humanas fundamentales, así como el análisis asociado a cuestiones éticas implicados en el desarrollo y el uso de tales tecnologías «. Esa es la disyuntiva.

BIBLIOGRAFIA

Hadrien Pourbahman <https://drive.google.com/file/d/0Bw3P95We56-HQmUxU-DZvZlN4TTA/view>

Liberté, égalité, NBIC <https://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante1-2010-4-page-75.htm#>

De la cybernétique aux NBIC: l'information et les machines vers le dépassement humain <https://www.cairn.info/revue-hermes-la-revue-2014-1-page-95.htm>

Nanotechnology researchs directions for societal needs in 2020 <http://scienceus.org/wtec/docs/nano2.pdf>

Convergence of Knowledge, Technology an Society: Beyond convergence of Nano-Bio-Info-Cognitive Technologies 2013 <http://scienceus.org/wtec/docs/nbic2.pdf>

World Technology Evaluation Center , WTEC <http://scienceus.org/wtec/>

Carlos y Elena Ferreyros Soto y David Mauricio Sanchez. **Derecho de Personas e Informática. Identidad Digital.** Edit Grijley. 2016. 790 págs. <https://isbn.cloud/9789972045301/derecho-de-personas-e-informatica/>

Recibido: 24/02/2021

Aprovado: 10/04/2021

RRDDIS

REGRAS DE SUBMISSÃO E DIRETRIZES PARA AUTORES

PERIODICIDADE E OBJETIVOS

A **RRDDIS - Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**, é uma publicação semestral de trabalhos científicos inéditos no âmbito da Ciência Jurídica, visando também a interdisciplinaridade com áreas afins que tratam das novas tecnologias na Sociedade Informacional. Tem como missão difundir a pesquisa e conhecimento científico desenvolvido pela comunidade brasileira e internacional.

A Revista tem interesse na publicação de artigos, respostas a artigos, comentários jurisprudenciais, estudos, pareceres e resenhas críticas.

A submissão eletrônica textos na RRDDIS adota as seguintes padronizações que estão disponíveis no site: <https://ioda.org.br/>

NORMAS DA ABNT

A submissão deverá atender apropriadamente às normas externas (ABNT) mencionadas nas diretrizes.

Os autores obrigatoriamente devem apresentar seus trabalhos por meio do sistema de submissão eletrônica da Revista, exclusivamente no formato Microsoft® Word®. Não são aceitos trabalhos submetidos via *e-mail* nem em formato *.pdf*.

NOTA SOBRE DIREITOS AUTORAIS

Os autores declaram que qualquer texto apresentado, se aceito, não será publicado em outro meio/lugar, em inglês ou em qualquer outra língua, e inclusive por via eletrônica, salvo mencione expressamente que o trabalho foi originalmente publicado na **RRDDIS - Revista Rede de Direito Digital, Intelectual e Sociedade**.

A Revista **RRDDIS** desde a sua primeira publicação, licencia todos os textos sob a Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY 4.0 BR, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;

NÚMERO DE AUTORES, SUBMISSÕES E GRAU ACADÊMICO MÍNIMO

Os textos, artigos e resenhas devem ter no máximo **dois** autores formados em direito ou em áreas afins, sendo que pelo menos um dos autores deve possuir título de doutor.

Cada autor/coautor poderá ter um **único** artigo/resenha em processo editorial, e a Revista adota um intervalo de **duas** edições entre a publicação de dois artigos/resenhas de um mesmo autor/coautor.

A Revista **RRDDIS** é rigorosa no atendimento aos quesitos de exogenia e de filiação a instituições estrangeiras, no termos explicitados nos relatórios do Qualis Periódicos da Capes, a Revista concede prioridade a, respectivamente, artigos de autores vinculados a instituições situadas fora do Paraná e do Brasil.

FORMA, TAMANHO, IDIOMAS E NORMAS GERAIS

A Revista **RRDDIS** aceita artigos, escritos em terceira pessoa, contendo entre 7.000 e 12.000 palavras (cerca de 17 a 30 páginas em formato A4, fonte Times New Roman® corpo 12), incluindo título, resumo (150-250 palavras), palavras-chave (3 a 5), títulos de seção, texto principal,

notas de rodapé, referências e quaisquer apêndices. São aceitos artigos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão.

Os artigos serão publicados em sua língua original. Artigos escritos em português e outras línguas que não o inglês devem apresentar, adicionalmente (também incluídos no limite acima), o título, o resumo e as palavras-chave em inglês.

O resumo deve ser elaborado conforme a **ABNT NBR 6028**[®], contendo o objetivo, o método, os resultados e as conclusões do artigo. As seções podem ser primárias, secundárias e terciárias, e, conforme a norma **ABNT NBR 6024**[®], todas as seções devem conter um texto relacionado a elas (não pode haver dois ou mais títulos de seção em sequência, sem um texto entre eles). Não deverão ser utilizados sumários nem epígrafes; as seções de introdução e de referências não deverão ser numeradas. Resenhas críticas seguem as mesmas regras, mas estão limitadas a 4.000 palavras e o resumo não é obrigatório. A critério dos editores, artigos mais curtos ou mais longos podem ser considerados, após deliberação fundamentada.

AVALIAÇÃO CEGA

A Revista **RRDDIS** utiliza o método duplo cego (*double-blind peer review*), o que significa que, durante todo o processo editorial, as identidades dos avaliadores e dos autores são mantidas em sigilo mútuo.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Os autores que publicam na Revista **RRDDIS** concordam com os seguintes termos:

- os autores mantêm os direitos autorais e transferem à Revista o direito de primeira publicação, com o trabalho licenciado sob a Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY 4.0 BR, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;

- os autores têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não exclusiva da versão do trabalho publicada na Revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento da autoria e da publicação inicial na Revista;
- qualquer pessoa é livre para compartilhar (copiar e redistribuir o trabalho em qualquer suporte ou formato) e para adaptar (remixar, transformar e criar a partir do trabalho) para qualquer fim, mesmo que comercial, devendo todavia, em qualquer caso, dar o crédito apropriado, prover um *link* para a licença e indicar se mudanças foram feitas no trabalho original, nos termos da Licença Creative Commons — Atribuição 4.0 Brasil — CC BY 4.0 BR e respeitados a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e outros normativos vigentes.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços de *e-mail* informados no processo de submissão serão usados exclusivamente para os propósitos da Revista, e serão disponibilizados ao público nos artigos.

Todas as informações pessoais serão estritamente recolhidas e armazenadas de conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

