



**CONSTRUYENDO PUENTES
COLABORACIÓN JURÍDICA ENTRE CHILE Y BRASIL**

Cacyone Gomes Lavareda

Charles Sarmiento Abreu

Giuliani Silva Barbosa de Freitas

Gustavo Markier

Fábio de Sá Pereira

Francisco J. Quiero Rebolledo

Henrique Telles Vargas

Joana D'Arc Vieira de Oliveira

Josefa B. Giesen Espejo

Mateus Rodarte de Carvalho

Raúl F. Campusano Droguett

Valeska Fuentealba Sepúlveda

ORGANIZADORAS

Grace Ladeira Garbaccio

Natacha Souza John

1º Edição

idp

612

Construyendo Puentes: Colaboración Jurídica entre Chile y Brasil © 2025
by Grace Ladeira Garbaccio; Natacha Souza John is licensed under CC BY-NC 4.0.
Os direitos autorais foram cedidos por todos os autores.

Código de catalogação na publicação – CIP

C758 Construyendo Puentes: Colaboración Jurídica entre Chile y Brasil / Grace Ladeira Garbaccio, Natacha Souza John (organizadoras); autores Cacyone Gomes Lavareda... [et al]. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2025.

212 f. : il. color.

Inclui bibliografia.

Vários autores.

ISBN 978-65-87546-30-8

1.Direito Internacional. 2. Cooperação jurídica internacional – Brasil - Chile. 3.Regulação da internet – Brasil - Chile. I.Título II. Garbaccio, Grace Ladeira. III. John, Natacha Souza.

CDDir 341.1

Elaborada por Natália Bianca Mascarenhas Puricelli – CRB 1/3439

SUMÁRIO

Prefácio IDP	3
Prefácio UVM	5
A influência dos atos de concentração na regulação da internet sob a perspectiva das redes sociais e plataformas digitais <i>Henrique Telles Vargas</i>	7
A Lei de Inteligência Artificial da UE: Um marco normativo no cenário global <i>Raúl F. Campusano Droguett & Josefa B. Giesen Espejo</i>	25
Inteligência artificial (IA) e América do Sul: Uma reflexão sobre a capacidade de governança regional <i>Giuliani Silva Barbosa de Freitas</i>	53
As justificativas da alta carga tributária sobre o consumo no Brasil <i>Charles Sarmiento Abreu</i>	69
Emergente atenção à cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil <i>Fábio de Sá Pereira</i>	88
Proposta metodológica para análise do planejamento da gestão pública: O caso dos planos de desenvolvimento turístico <i>Gustavo Markier</i>	106
Sujeito e Objeto: A inteligência artificial como instrumento na regulação de monopólios digitais <i>Cacyone Gomes Lavareda</i>	125
Estudo comparado da estrutura legal da uberização no Brasil, Argentina e Chile <i>Mateus Rodarte de Carvalho</i>	137
Responsabilidade civil extracontratual decorrente do tratamento indevido de dados pessoais <i>Valeska Fuentealba Sepúlveda & Francisco J. Quiero Rebolledo</i>	155
Gênero, agricultura familiar e reforma agrária no contexto do Mercosur: Implicações jurídicas para Brasil e Chile <i>Joana D'Arc Vieira de Oliveira</i>	184

PREFÁCIO IDP

A presente obra emerge em um momento crucial da história regulatória e tecnológica global, em que o avanço da inteligência artificial, a regulação da internet e os desafios impostos pelo direito concorrencial e a proteção de dados pessoais moldam o futuro das sociedades democráticas. Ao reunir artigos de renomados acadêmicos e especialistas internacionais, este livro não apenas explora os desafios jurídicos emergentes, mas também propõe soluções analíticas que dialogam com as realidades de múltiplos ordenamentos jurídicos.

Os textos aqui apresentados examinam a complexidade das estruturas regulatórias, indo além das abordagens tradicionais do direito e adentrando um território no qual a tecnologia e a normatividade se entrelaçam de maneira inédita. Questões como a governança da inteligência artificial, a regulação de plataformas digitais, os impactos concorrenciais da concentração de poder nas redes sociais e a proteção de dados pessoais são tratadas com o rigor analítico necessário para um público altamente especializado.

Dentre as contribuições, destaca-se a análise do Artificial Intelligence Act da União Europeia, que se consolida como um marco regulatório global, influenciando legislações e políticas de governança digital em diversas jurisdições. A obra também aprofunda a interseção entre direito concorrencial e regulação da internet, explorando como fusões e aquisições em mercados digitais impactam diretamente a privacidade dos usuários, a inovação e a liberdade de expressão.

Outro eixo de fundamental importância abordado na obra é a crescente necessidade de cooperação jurídica internacional no enfrentamento dos desafios impostos pela era digital. O desenvolvimento de um arcabouço jurídico transnacional para lidar com crimes cibernéticos, proteção de dados e regulação de plataformas digitais torna-se uma prioridade para países que buscam equilibrar inovação e proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, os artigos aqui reunidos demonstram um olhar crítico e reflexivo sobre a governança regional da inteligência artificial na América do Sul, analisando a capacidade dos Estados sul-americanos de construir estratégias regulatórias que dialoguem com os modelos normativos da União Europeia e dos Estados Unidos. Nesse contexto, o Brasil emerge como um ator estratégico, especialmente no que concerne à implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e sua interação com políticas concorrenciais.

Por fim, este livro representa uma leitura essencial para acadêmicos, pesquisadores, reguladores e profissionais do direito e da tecnologia que desejam compreender as profundas transformações em curso e as implicações dessas mudanças para a governança digital global. A abordagem interdisciplinar e a análise comparada das regulações nacionais e internacionais conferem à obra uma relevância inquestionável para aqueles que buscam antecipar tendências e desafios jurídicos na era da inteligência artificial e da economia digital.

Que esta leitura seja não apenas um convite à reflexão, mas um estímulo para novas pesquisas, debates e soluções inovadoras no campo do direito e da tecnologia.

FRANCISCO SCHERTEL MENDES
Diretor-Geral do IDP

PRÓLOGO IDP

Esta obra surge en un momento crucial de la historia regulatoria y tecnológica global, en el que el avance de la inteligencia artificial, la regulación de internet y los desafíos impuestos por el derecho de la competencia y la protección de datos personales están moldeando el futuro de las sociedades democráticas. Al reunir artículos de destacados académicos y expertos internacionales, este libro no solo explora los desafíos jurídicos emergentes, sino que también propone soluciones analíticas que dialogan con las realidades de múltiples ordenamientos jurídicos.

Los textos aquí presentados examinan la complejidad de las estructuras regulatorias, trascendiendo los enfoques tradicionales del derecho y adentrándose en un territorio donde la tecnología y la normatividad se entrelazan de manera inédita. Temas como la gobernanza de la inteligencia artificial, la regulación de las plataformas digitales, los impactos de la concentración del poder en las redes sociales sobre la competencia y la protección de datos personales se abordan con el rigor analítico necesario para un público altamente especializado.

Entre las contribuciones, destaca el análisis del Artificial Intelligence Act de la Unión Europea, que se consolida como un referente regulatorio global, influyendo en legislaciones y políticas de gobernanza digital en diversas jurisdicciones. La obra también profundiza en la intersección entre derecho de la competencia y regulación de internet, explorando cómo las fusiones y adquisiciones en mercados digitales impactan directamente la privacidad de los usuarios, la innovación y la libertad de expresión.

Otro eje de fundamental importancia abordado en esta obra es la creciente necesidad de cooperación jurídica internacional para afrontar los desafíos impuestos por la era digital. El desarrollo de un marco jurídico transnacional para combatir los delitos cibernéticos, proteger los datos personales y regular las plataformas digitales se ha convertido en una prioridad para los países que buscan equilibrar la innovación con la protección de los derechos fundamentales.

Además, los artículos aquí reunidos presentan una mirada crítica y reflexiva sobre la gobernanza regional de la inteligencia artificial en América del Sur, analizando la capacidad de los Estados sudamericanos para construir estrategias regulatorias que dialoguen con los modelos normativos de la Unión Europea y Estados Unidos. En este contexto, Brasil emerge como un actor estratégico, especialmente en lo que respecta a la implementación de la Ley General de Protección de Datos (LGPD) y su interacción con las políticas de competencia.

Finalmente, este libro representa una lectura esencial para académicos, investigadores, reguladores y profesionales del derecho y la tecnología que desean comprender las profundas transformaciones en curso y sus implicaciones para la gobernanza digital global. El enfoque interdisciplinario y el análisis comparado de las regulaciones nacionales e internacionales confieren a la obra una relevancia incuestionable para aquellos que buscan anticipar tendencias y desafíos jurídicos en la era de la inteligencia artificial y la economía digital.

Que esta lectura no solo sea una invitación a la reflexión, sino también un estímulo para nuevas investigaciones, debates y soluciones innovadoras en el campo del derecho y la tecnología.

FRANCISCO SCHERTEL MENDES
Diretor-Geral do IDP

PRÓLOGO UVM

Desde la Dirección de la Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales y de Educación, es un honor presentar esta obra titulada "Construyendo Puentes: Colaboración Jurídica entre Chile y Brasil". En un mundo cada vez más interconectado, la colaboración entre naciones se vuelve esencial, especialmente en el ámbito jurídico, donde las diferencias culturales y legales pueden ser tanto un desafío como una oportunidad.

Este libro surge en un contexto actual donde la globalización y la integración regional nos invitan a repensar nuestras prácticas y enfoques. Chile y Brasil, dos países con realidades diversas pero complementarias, tienen mucho que aprender el uno del otro. A través de este trabajo, buscamos fomentar un diálogo constructivo que no solo enriquezca nuestras respectivas tradiciones jurídicas, sino que también fortalezca los lazos académicos y profesionales entre nuestras naciones.

La colaboración jurídica no solo se limita a la transferencia de conocimientos, sino que también implica la creación de redes de apoyo y el intercambio de experiencias que pueden contribuir a la solución de problemas comunes. En este sentido, este libro se convierte en un puente que une a académicos, profesionales y estudiantes, promoviendo un entendimiento más profundo de nuestras realidades y desafíos compartidos.

Agradecemos a todos los autores y colaboradores que han hecho posible esta obra, así como a quienes se embarcan en esta lectura con la mente abierta y el deseo de aprender.

Esperamos que 'Construyendo Puentes' no solo inspire nuevas iniciativas y proyectos que fortalezcan la colaboración jurídica entre Chile y Brasil, sino que también se convierta en un recurso valioso para la academia y más allá. Este trabajo busca fomentar un diálogo enriquecedor entre profesionales del derecho, académicos y estudiantes, promoviendo el intercambio de ideas y experiencias que puedan contribuir al desarrollo de soluciones innovadoras y efectivas. Al facilitar la cooperación entre ambos países, 'Construyendo Puentes' tiene el potencial de generar un impacto positivo en la práctica jurídica, así como en la formación de futuros líderes en el ámbito legal, quienes podrán abordar los desafíos contemporáneos con una perspectiva más amplia y colaborativa.

¡Bienvenidos a este viaje de descubrimiento y colaboración!

Atentamente,

BARBARA MARIANA CALDERÓN ESCÁRATE
Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de Educación
Universidad Viña del Mar/ Chile

PREFÁCIO UVM

A partir da Faculdade de Ciências Jurídicas, Sociais e da Educação, é uma honra apresentar este trabalho intitulado "Construindo Pontes: Colaboração Jurídica entre Chile e Brasil". Em um mundo cada vez mais interconectado, a colaboração entre nações se torna essencial, especialmente no campo jurídico, onde diferenças culturais e legais podem ser tanto um desafio quanto uma oportunidade.

Este livro surge em um contexto atual onde a globalização e a integração regional nos convidam a repensar nossas práticas e abordagens. Chile e Brasil, dois países com realidades diversas, mas complementares, têm muito a aprender um com o outro. Por meio deste trabalho, buscamos promover um diálogo construtivo que não apenas enriquece nossas respectivas tradições jurídicas, mas também fortalece os laços acadêmicos e profissionais entre nossas nações.

A colaboração jurídica não se limita à transferência de conhecimento; envolve também a criação de redes de apoio e a troca de experiências que podem contribuir para a solução de problemas comuns. Nesse sentido, este livro se torna uma ponte que une acadêmicos, profissionais e estudantes, promovendo uma compreensão mais profunda de nossas realidades e desafios compartilhados.

Agradecemos a todos os autores e colaboradores que tornaram este trabalho possível, bem como àqueles que embarcam nesta leitura com a mente aberta e vontade de aprender.

Esperamos que "Construindo Pontes" não apenas inspire novas iniciativas e projetos que fortaleçam a colaboração jurídica entre o Chile e o Brasil, mas também se torne um recurso valioso para a academia e além. Este trabalho busca fomentar um diálogo enriquecedor entre profissionais do direito, acadêmicos e estudantes, promovendo a troca de ideias e experiências que possam contribuir para o desenvolvimento de soluções inovadoras e eficazes. Ao facilitar a cooperação entre ambos os países, o "Construindo Pontes" tem o potencial de gerar um impacto positivo na prática jurídica, bem como no desenvolvimento de futuros líderes jurídicos que serão capazes de abordar os desafios contemporâneos de uma perspectiva mais ampla e colaborativa.

Bem-vindo a esta jornada de descoberta e colaboração!

Sinceramente,

BARBARA MARIANA CALDERON ESCARATE
Decana da Faculdade de Ciências Jurídicas, Sociais e Educacionais
Universidade de Viña del Mar/ Chile

A INFLUÊNCIA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA REGULAÇÃO DA INTERNET SOB A PERSPECTIVA DAS REDES SOCIAIS E PLATAFORMAS DIGITAIS

LA INFLUENCIA DE LAS LEYES DE CONCENTRACIÓN EN LA REGULACIÓN DE INTERNET DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS REDES SOCIALES Y PLATAFORMAS DIGITALES

THE INFLUENCE OF CONCENTRATION ACTS ON INTERNET REGULATION FROM THE PERSPECTIVE OF SOCIAL NETWORKS AND DIGITAL PLATFORMS

Henrique Telles Vargas¹

Resumo: O presente artigo analisa a relação entre a análise dos atos de concentração em mercados digitais e a regulação da internet no Brasil, com foco especial nas redes sociais. Através de uma abordagem crítica, discute-se como a concentração de poder econômico em plataformas digitais, como Facebook e WhatsApp, impacta diretamente a concorrência, a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão. O estudo se concentra na aplicação do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no contexto de fusões e aquisições, explorando exemplos práticos e dados para ilustrar os desafios da regulação nesse setor. Conclui-se que uma abordagem integrada entre o Cade e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) é fundamental para garantir que o uso de dados pessoais não gere distorções concorrenciais e que o ambiente digital permaneça inovador e competitivo.

Palavras-chave: Regulação da internet. Atos de concentração. Redes sociais.

¹ Doutorando em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina 2023 (UFSC). Master of Laws LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas 2018 (FGV). Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina 2012 (UNISUL). Procurador Geral do Município de Garopaba/SC. Sócio Proprietário do escritório Araujo, Reinisch Telles Advogados. Presidente do Colegiado de Procuradores da Grande Florianópolis (2022). Procurador do Poder Legislativo do Município de Garopaba/SC (2019-2020). Professor Universitário e Professor de Cursos de Pós-graduação. Integrante do Grupo de Estudos Compliance, Conformidade, Processo e Constituição da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Estágio de docência na Universidade Federal de Santa Catarina 2022 (UFSC). Autor da obra: A análise Concorrencial dos atos de concentração em mercados digitais (2024). Coautor dos livros: Sociedades Limitadas: estudos da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SC (2018), Compliance e Proteção de Dados (2021), Juscibernética: A liberdade da informação e o controle algoritmo na sociedade de informação (2022), Percepções Sobre o Ensino do Direito: perspectivas históricas, conceituais e metodológicas (2022). Estudos na Perspectiva de Uniformização, Coletivização e Enforcement do Direito (2023). Autor de diversos artigos jurídicos.

Resumen: Este artículo analiza la relación entre el análisis de fusiones en los mercados digitales y la regulación de internet en Brasil, con especial enfoque en las redes sociales. A través de un enfoque crítico, discutimos cómo la concentración del poder económico en plataformas digitales, como Facebook y WhatsApp, impacta directamente en la competencia, la privacidad de los usuarios y la libertad de expresión. El estudio se centra en la aplicación del Marco Civil da Internet y la Ley General de Protección de Datos (LGPD) en el contexto de fusiones y adquisiciones, explorando ejemplos prácticos y datos para ilustrar los desafíos de la regulación en este sector. Se concluye que un enfoque integrado entre Cade y la Autoridad Nacional de Protección de Datos (ANPD) es esencial para garantizar que el uso de datos personales no genere distorsiones competitivas y que el entorno digital siga siendo innovador y competitivo.

Palabras clave: regulación de internet, fusiones, redes sociales.

Abstract: This article analyzes the relationship between the analysis of merger and acquisition activities in digital markets and internet regulation in Brazil, with a special focus on social media platforms. Through a critical approach, it discusses how the concentration of economic power in digital platforms like Facebook and WhatsApp directly affects competition, user privacy, and freedom of expression. The study focuses on the application of the Marco Civil da Internet and the General Data Protection Law (LGPD) in the context of mergers and acquisitions, exploring practical examples and data to illustrate the regulatory challenges in this sector. The conclusion is that an integrated approach between Cade and the National Data Protection Authority (ANPD) is essential to ensure that the use of personal data does not create competitive distortions and that the digital environment remains innovative and competitive.

Keywords: Internet regulation. Merger and acquisition. Social media.

INTRODUÇÃO

Na última década, a transformação digital trouxe profundas mudanças para os mercados e para a regulação, especialmente no Brasil. Redes sociais como Facebook, Instagram e Twitter emergiram como poderosas ferramentas de comunicação, mas também como agentes econômicos que controlam vastas quantidades de dados pessoais. Esse domínio sobre os dados alterou significativamente as dinâmicas de mercado e gerou preocupações em torno da concorrência, inovação, privacidade e liberdade de expressão.

A análise dos atos de concentração em mercados digitais — fusões e aquisições que envolvem plataformas de redes sociais e outros serviços digitais — é essencial para entender como o poder econômico é distribuído e controlado. A questão central deste artigo é investigar se essas operações influenciam diretamente a regulação das redes sociais no Brasil, um país que experimenta a explosão do uso dessas plataformas.

O problema que guia este estudo é o seguinte: A análise dos atos de concentração em mercados digitais acaba por influenciar diretamente a (des)regulação do uso das redes sociais no Brasil? Para responder a essa questão, é necessário explorar como o controle sobre dados, a liberdade de expressão e a concorrência estão entrelaçados, com implicações para os reguladores e para o futuro da internet.

Este artigo analisa a regulação da internet e das redes sociais no Brasil, sob o viés do Direito Concorrencial, com foco na análise dos atos de concentração, oferecendo uma visão abrangente de como a concentração de dados no mercado digital impacta diretamente a liberdade e a privacidade dos usuários.

I. OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A análise dos atos de concentração é uma prática central no Direito Antitruste. Ela busca evitar que fusões e aquisições resultem em estruturas de mercado excessivamente concentradas, capazes de afetar a competição e, em última análise, o bem-estar do consumidor (Gaban & Domingues, 2009). No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é a entidade responsável por conduzir essas análises, com base na lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011).

O conceito de ato de concentração tem origem no Direito da Antitruste e refere-se à operação pela qual duas ou mais empresas independentes se unem, formando uma única empresa, ou quando uma empresa adquire controle direto ou indireto sobre a outra. Essas operações podem assumir várias formas, incluindo fusões, aquisições, joint ventures e acordos de controle comum.² Nesse sentido, a análise dos atos de concentração, como fusões, aquisições, joint ventures e incorporações, é fundamental para entender as dinâmicas de mercado e os impactos concorrenciais em diferentes setores. Essas operações, que podem transformar profundamente a estrutura dos mercados, são regulamentadas por leis antitruste, visando garantir que não resultem em uma concentração de poder econômico que prejudique os

² Segundo a professora Paula Forgioni, o pano de fundo do ato de concentração sempre será o aumento de riqueza e sua concentração em poucas mãos. Ou seja, segundo a autora, a ideia central é simples e relaciona-se com o aumento de poder econômico de agentes do mercado. A autora ainda alerta que os acordos entre empresas podem ser entendidos como práticas concentracionistas, pois, a partir do momento em que dois agentes (concorrentes ou não) se unem, ainda que mantenham sua autonomia, passarão a deter uma vantagem sobre os demais e que, após a operação, transforma-se em maior poder econômico de ambas. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

consumidores. Segundo Ezrachi e Stucke (2016), esse tipo de movimento pode reduzir a diversidade de opções, elevar preços ou frear inovações.

O critério para avaliação dessas operações varia conforme a legislação de cada jurisdição, sendo comum a análise do impacto na estrutura de mercado, do risco de abuso de poder econômico e da possibilidade de coordenação entre as empresas envolvidas. No entanto, conforme apontam Powell e Snellman (2004), é igualmente relevante avaliar os efeitos pró-competitivos, como ganhos em eficiência e avanços tecnológicos, que podem gerar benefícios diretos aos consumidores.

Embora os atos de concentração possam parecer nocivos à primeira vista, não se pode generalizar seus efeitos, pois muitas dessas operações promovem eficiências que incentivam a inovação e trazem vantagens econômicas. Por isso, cada caso deve ser analisado de forma individualizada, levando em conta o contexto do mercado específico e suas características singulares.

No contexto dos mercados digitais, a análise dos atos de concentração tornou-se mais complexa. Diferente de mercados tradicionais, onde o controle sobre ativos físicos define o poder econômico, em mercados digitais, como o que engloba as redes sociais, o controle sobre dados pessoais tornou-se um ativo estratégico essencial. O poder sobre dados digitais cria desafios para a regulação concorrencial, especialmente no que tange à identificação de práticas anticompetitivas.

O art. 88 da Lei nº 12.529/2011 dispõe sobre os critérios de notificação de atos de concentração no Brasil. Para avaliar se uma operação é de notificação obrigatória no país, o Cade realiza um teste contendo três variáveis, como (i) o faturamento bruto das partes; (ii) tipo de operação a ser realizada; e (iii) existência de efeitos potenciais ou reais no Brasil, conforme explica Motta (2021, p. 33-34):

(i) **O faturamento bruto das partes:** no Brasil, no ano anterior ao do ato de concentração, os valores originalmente previstos na Lei nº 12.529/2011 foram atualizados pela Portaria Interministerial nº 994/2012. Ressalta-se que, conforme o art. 4º da Resolução nº 2/2012 do Cade, considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, cumulativamente: (i) as empresas que sejam sob controle comum, interno ou externo; e (ii) todas as empresas nas quais qualquer das empresas do item (i) seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% do capital social ou votante. No caso de fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: (i) o grupo econômico de cada cotista que detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo de investimento envolvido na operação, via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e (ii) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

(ii) **Tipo de operação a ser realizada:** a redação do art. 90 da Lei nº 12.529/2011 é ampla e abrange um número significativo de operações societárias. Realiza-se um ato de concentração quando: (i) duas ou mais empresas independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*³. Algumas aquisições de participação minoritária e subscrições de títulos e valores mobiliários conversíveis em ações também são de notificação obrigatória.

(iii) **Existência de efeitos potenciais ou reais no Brasil:** apenas operações que possam impactar o mercado brasileiro são de notificação obrigatória. Ainda que empresas com atuação expressiva no nosso país tenham atingido o critério de faturamento mínimo, se o negócio por elas visado estiver voltado para o mercado internacional, tal operação não será de notificação obrigatória.

No que toca a análise, ou seja, independente da notificação prévia [ocorrer ou não] a estrutura tradicional de análise antitruste pode ser resumida pelo trinômio: a) concentração; b) concorrência e c) bem-estar do consumidor, em que o aumento da concentração de mercado é associado à redução da concorrência e, conseqüentemente, à redução do bem-estar do consumidor (Machado; Bittar; Tavassi, 2018, p. 46).

No entanto, esse modelo é colocado em xeque em mercados com características de concorrência dinâmica, ou seja, em que a contestação das posições de mercado se dá via inovação, uma vez que se parte do pressuposto de que as inovações contribuem para a melhoria do bem-estar coletivo e que, de acordo com a visão schumpeteriana⁴, poderia ser favorecida por

³ Um exemplo envolveu a parceria entre Ford e Volkswagen para desenvolvimento e licenciamento de sistemas de direção automatizada de veículos autônomos. Como se tratava de nova tecnologia que, em um primeiro momento, não seria comercializada no Brasil, o Cade entendeu que referida operação não era de notificação obrigatória. Por outro lado, negócios que são feitos no exterior e que produzem efeitos no Brasil por meio de, por exemplo, exportações, são de notificação obrigatória. Um exemplo envolveu uma parceria entre Pangang, ThyssenKrupp e TKAS Auto Steel para fabricação, na China, de aços galvanizados para uso automotivo. Tendo em vista que parte da produção chinesa seria exportada para o Brasil, o Cade entendeu que se tratava de operação de notificação obrigatória (Motta, 2021).

⁴ As teorias econômicas relativas à inovação, particularmente aquelas fundamentadas nos estudos de Schumpeter, ganharam relevância na literatura acadêmica. Na obra *Capitalismo, socialismo e democracia*, Schumpeter (1961) propõe uma teoria de concorrência que diverge do modelo neoclássico de concorrência perfeita. Essa teoria se destina a prover uma interpretação renovada para o funcionamento da economia capitalista em sua totalidade. O autor sustenta que o sistema capitalista se desenvolve devido às assimetrias entre as empresas, que buscam se apropriar de lucros extraordinários derivados da criação de novos produtos, serviços e mercados.

Assim, na perspectiva schumpeteriana, o motor do processo competitivo não é a concorrência medida pelos seus efeitos imediatos nos preços, mas sim a busca por benefícios de longo prazo, associados à inovação de produtos e serviços, ao desenvolvimento de novos mercados e à criação de novas formas de organização. O progresso do sistema capitalista é impulsionado por disparidades entre as corporações. Na perseguição por grandes lucros, as empresas ambicionam capitalizar sobre os benefícios decorrentes da criação de produtos, serviços e mercados inovadores. Dessa forma, segundo a perspectiva de Schumpeter (1961), o verdadeiro catalisador da competição não reside nos efeitos imediatos da concorrência sobre os preços, e sim na aspiração por vantagens de longa duração. Tais vantagens são correlacionadas à inovação em produtos e serviços, à expansão de mercados

estruturas monopolísticas, a metodologia tradicional de análise de atos de concentração se vê desafiada.

No entanto, em mercados tão dinâmicos como os digitais, se faz necessária a valorização do critério inovação quando se analisa o controle de condutas. Corroborando tal pensamento, é incontestável na literatura que as eficiências dinâmicas ou inovativas são relevantes para o bem-estar social do que as eficiências alocativas.

A análise schumpeteriana do *consumer welfare* (bem-estar do consumidor) diverge da abordagem tradicional que enfatiza a competição perfeita e a eficiência alocativa. A escola schumpeteriana considera a inovação como a força motriz do crescimento econômico e da prosperidade do consumidor, mesmo que isso possa implicar grau de concentração de mercado temporária.

Essas considerações são importantes, pois na realidade do Big Data, os parâmetros materiais, utilizados na análise antitruste dos atos de concentração, não parecem adequados. Diversas vezes o valor não abarca a potencialidade do ato de concentração. Nesse sentido, critica Frazão (2019), quando sustenta que no contexto da economia movida a dados do setor digital, o parâmetro baseado unicamente no faturamento pode acabar por não avaliar operações com impactos competitivos importantes, mas que estão, a priori, aquém daquele faturamento.

A preocupação e cuidado com a regulação desses mercados não nasceu “da noite para o dia”. Desde a origem do Direito Antitruste a sua evolução ao longo das últimas décadas refletem uma crescente preocupação com o impacto da concentração de poder em mercados-chave, inicialmente focando em mercados de bens tangíveis, mas gradualmente migrando para mercados de tecnologia e inovação.⁵ A partir da Lei nº 12.529/2011, o Cade ganhou maior autonomia para conduzir investigações sobre operações de concentração que envolvem grandes empresas de tecnologia, como as plataformas de redes sociais (Salomão Filho, 2007).

emergentes e à instauração de novos modelos organizacionais que podem resultar em divergências nas taxas de lucro.

⁵ Sobre a origem do Direito Antitruste merece esclarecer que desde a Grécia antiga, o Direito Antitruste contemplava a regulação de monopólios. Há registros de regulamentos aplicados a entidades econômicas com “poder de mercado”, que foram apresentados ao Senado grego no ano de 386 a.C. No entanto destaca-se o pioneirismo da legislação antitruste canadense que, em 1889, promulgou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*. O propósito desse ato era combater acordos ou combinações que visavam restringir o comércio por meio da fixação de preços ou da limitação da produção, preceitos esses incorporados, três anos depois, ao primeiro Código Penal canadense (Gaban; Domingues, 2009). Nos EUA, o caso pioneiro e de grande destaque foi do *Standard Oil Trust*. O monopólio se deu de tal forma que o estado americano enxergou a necessidade de agir a fim de garantir a existência da concorrência, surgindo as campanhas ao fortalecimento/criação da legislação antitruste. Nesse sentido, ou seja, de resposta aos trustes, nasceu o *Sherman Act*, em 1890, um dos primeiros atos de um governo a fim de reduzir as distorções concorrenciais observadas no mercado mundial. Esse ato, promulgado em 1890, é considerado notável diploma legal contra a centralização de poder nas mãos de poucos agentes econômicos. Tal Lei foi sancionada em um ambiente político e econômico voltado à proteção do consumidor contra o poder econômico excessivo no mercado (Salomão Filho, 2007).

Como sugestão de refinamentos, Motta (2021) sugere uma nova redação ao art. 88 da Lei nº 12.529/2011 para indexar atos de concentração à combinação do faturamento bruto das partes: o CADE deveria apreciar os atos de concentração em que o faturamento bruto combinado dos grupos econômicos envolvidos for superior a R\$ 825 milhões no ano anterior à operação, permitindo o alcance de operações, ainda que a empresa-objeto da transação não aufera receitas. O abandono de critérios baseados na participação de mercado afastaria o subjetivismo da avaliação reiterada e sobre qual metodologia deveria ser adotada para apurar a representatividade das partes.

Outra proposta que poderia ser sustentada está fundamentada na classificação, como ato de concentração, de toda operação realizada em determinado segmento, desde que operacionalizada com empresas detentoras de uma parcela mínima de mercado ou, ainda, valores de faturamento brutos superiores a uma quota-parte ou piso.

No entanto, vale a justa ponderação de que a atuação das agências reguladoras não é uma tarefa fácil: transações que envolvam empresas com ativos valiosos, como um conjunto de dados estratégicos ou de perfil, podem deixar de ser apreciadas pelas autoridades concorrenciais se não atingirem os limites monetários estabelecidos nas legislações antitruste (Brasil, 2011).

II. A EVOLUÇÃO DOS MERCADOS DIGITAIS E REDES SOCIAIS

O mercado digital se caracteriza pela rápida evolução tecnológica e pela capacidade de capturar e processar grandes volumes de dados em tempo real. As redes sociais, como intermediárias entre usuários e conteúdo, ocupam uma posição única nessa economia baseada em dados. Plataformas como o Facebook, que inicialmente começaram como espaços de socialização, rapidamente se transformaram em gigantes da publicidade digital, utilizando dados de usuários para personalizar anúncios e maximizar receitas (Freitas, 2019).

No entanto, o (des)controle sobre dados cria riscos concorrenciais. Como apontam Ezrachi e Stucke (2016), o uso intensivo de algoritmos para processar dados pessoais pode criar barreiras à entrada para novos competidores, limitando a inovação e consolidando o poder das grandes plataformas. Esse fenômeno é particularmente evidente nas redes sociais, onde efeitos de rede — a tendência de que o valor de uma plataforma aumente conforme o número de usuários cresce — fortalecem as empresas dominantes.

Quando falamos em algoritmos é importante destacar que atualmente vivemos numa era que a base econômica é por eles (algoritmos) determinada, ou seja, não parece precipitado

dizer que a evolução baseada na inteligência artificial e uso dos algoritmos determina os passos da economia mundial.

A interseção entre a evolução das bases econômicas e a relação entre o direito à proteção de dados, o Direito Concorrencial e a ligações desses com a regulação da internet sob a perspectiva do uso das redes sociais tem se tornado crucial no contexto da economia digital. Com o advento do Big Data⁶, as empresas passaram a coletar, armazenar e analisar imensos volumes de dados pessoais para otimizar operações, promover inovação e personalizar produtos e serviços, transformando os dados em um recurso essencial para a competitividade (Ciuriak, 2018).

Essa nova dinâmica econômica afeta diretamente a proteção de dados, uma vez que o aumento do uso de dados pessoais eleva os riscos de violação da privacidade e uso inadequado, exigindo uma regulamentação adequada para resguardar os direitos dos indivíduos (Ezrachi e Stucke, 2016). Ao mesmo tempo, o controle de grandes volumes de dados proporciona às empresas, principalmente àquelas plataformas digitais a exemplo das redes sociais, uma vantagem competitiva significativa, influenciando o cenário concorrencial ao dificultar a entrada de novos competidores e promovendo a concentração de mercado (Miranda, 2021).

Assim, o desenvolvimento das bases econômicas sugere a necessidade de reconsiderar a interação entre a proteção de dados e o Direito Concorrencial, promovendo, por exemplo, o acesso a dados e a sua portabilidade como forma de evitar práticas anticompetitivas (Hasenclever e Silva, 2007). Nesta nova era, algoritmos, Inteligência Artificial (IA) e aprendizado automático estão remodelando os processos produtivos, de consumo e interação, impulsionando uma transformação contínua e profunda (Zuboff, 2019).

O conceito de "economia do conhecimento" proposto por Drucker (1969) destacou a centralidade do conhecimento para o desenvolvimento econômico, sendo posteriormente refinado por autores como Powell e Snellman (2004), que descrevem a economia do conhecimento como uma economia dependente de atividades intensivas em conhecimento. A transição para uma economia baseada em dados reflete uma mudança na maneira como as empresas operam, colocando os dados como o principal recurso de criação de valor, ao invés do conhecimento (Meireles, 2021).

Porém, essa transição também apresenta desafios importantes, como a necessidade de proteger a privacidade e dados, bem como garantir uma infraestrutura adequada para a coleta e análise dos volumes crescentes de dados. Além disso, a economia baseada em algoritmos

⁶ O Big Data pode ser definido como fenômeno/tendência de coletar, adquirir, armazenar e processar grandes volumes de dados digitais para criar valor econômico (Bagnoli, 2020).

introduz novos riscos, como o viés algorítmico e a falta de transparência em decisões automatizadas, elementos que necessitam de regulamentação [Azevedo (apud Harvey), 2004].

Salienta-se que a gestão responsável dessa transição para a economia de dados é essencial para que se possa aproveitar as oportunidades enquanto se mitigam os riscos relacionados à privacidade, equidade e bem-estar social, garantindo que as implicações éticas e econômicas sejam levadas em consideração (Ezrachi e Stucke, 2016).

Em termos econômicos, a concentração de poder nas redes sociais tem impactos profundos. Plataformas de "preço zero", onde os usuários não pagam diretamente pelo serviço, mas são monetizados indiretamente por meio de publicidade segmentada, alteram as dinâmicas de mercado. O poder de mercado não reside mais apenas na oferta de serviços, mas na capacidade de processar dados e utilizá-los para influenciar o comportamento dos consumidores e as escolhas de mercado.

A evolução do poder das redes sociais na sociedade moderna reflete uma transformação profunda nas dinâmicas econômicas e sociais. Historicamente, o poder econômico se concentrava em setores tradicionais, como a indústria e o comércio, onde as empresas competiam por participação de mercado principalmente com base em produtos e serviços tangíveis. Com o surgimento das plataformas digitais, especialmente as redes sociais, esse paradigma mudou substancialmente.

Esses fatos revelam um aspecto fundamental dessa transformação: a mudança de um modelo econômico baseado em transações diretas, para um no qual os usuários se tornaram os produtos. As plataformas de "preço zero" oferecem serviços aparentemente gratuitos, mas, na realidade, capturam e monetizam os dados dos usuários através de publicidade segmentada. Isso significa que o poder de mercado dessas empresas não reside mais apenas em fornecer uma rede de interação, mas sim na capacidade de coletar, processar e analisar vastas quantidades de dados pessoais para influenciar decisões e comportamentos.

Esse modelo redefine o que entendemos por poder econômico, porque a informação e o controle sobre os dados se tornam as novas moedas de troca. Ao dominar o processamento de dados e a modelagem de comportamento, essas plataformas acumulam poder de mercado de forma sem precedentes. Elas não só controlam o fluxo de informações que as pessoas consomem, mas também moldam as escolhas de mercado dos indivíduos, criando um ciclo de retroalimentação em que o comportamento do usuário é continuamente analisado, previsto e influenciado.

Adicionalmente, esse poder das redes sociais não se limita ao âmbito econômico. Ele também se estende ao social e político, pois as mesmas ferramentas usadas para influenciar

decisões de consumo podem ser utilizadas para moldar opiniões políticas e sociais, amplificando discursos e polarizações. Ao concentrar esse poder em poucas mãos, essas plataformas exercem uma influência global sobre a sociedade moderna, transformando a natureza da comunicação, da interação social e do exercício de poder.

Essa evolução do poder das redes sociais, portanto, destaca a crescente importância de repensar as estruturas regulatórias e as políticas públicas, uma vez que essas plataformas desafiam fronteiras tradicionais do direito e da economia, exigindo novos frameworks para lidar com suas externalidades.

III. ANÁLISE CONCORRENCIAL EM MERCADOS DIGITAIS

A análise concorrencial tradicional depende de definições claras de mercado relevante e de barreiras à entrada. No entanto, nos mercados digitais, essas definições se tornam mais nebulosas. Conforme argumenta Posner (2010), a posse de dados e a capacidade de extrair valor desses dados por meio de algoritmos criam formas de poder de mercado que não se enquadram facilmente nos modelos tradicionais.

O CADE, em sua função de análise dos atos de concentração, enfrenta o desafio de definir o mercado relevante quando o poder das plataformas está diretamente relacionado ao número de usuários e à quantidade de dados coletados. Um exemplo prático desse desafio foi o caso da aquisição do WhatsApp pelo Facebook, que foi investigado pelo CADE em 2014. Apesar de ser aprovado sem restrições, o caso levantou preocupações sobre o impacto futuro da integração de dados entre as plataformas (Cade, 2014).

A convergência entre a regulação das redes sociais, a concorrência e proteção de dados no Brasil pode ser observada em diversos casos práticos. A fusão entre o Facebook e o WhatsApp, por exemplo, levantou questões sobre o uso compartilhado de dados pessoais e a capacidade da empresa de monopolizar a comunicação digital (Cade, 2014). Embora aprovado, o caso gerou discussões sobre a necessidade de maior transparência e fiscalização sobre como os dados são utilizados para fins comerciais e competitivos.

Outro caso relevante envolve o Google e a DoubleClick, analisado nos EUA e na União Europeia, que ilustra a complexidade da interação entre regulação de dados e concorrência em mercados digitais (Ezrachi e Stucke, 2016). A capacidade de Google de integrar os dados da DoubleClick em seu sistema de anúncios consolidou seu domínio no mercado de publicidade online, criando uma barreira de entrada substancial para novas

empresas. Casos como esse servem de alerta para o Brasil, onde o CADE e a ANPD devem trabalhar juntos para mitigar os efeitos anticompetitivos de grandes fusões e aquisições.

IV. IMPACTOS DAS CONCENTRAÇÕES DE PODER NAS REDES SOCIAIS

O principal impacto da concentração de poder nas redes sociais é o reforço das posições dominantes e a criação de barreiras substanciais à entrada de novos concorrentes. A posse de vastos conjuntos de dados, somada à infraestrutura tecnológica necessária para processar esses dados, cria uma vantagem competitiva quase intransponível para novos players (Freitas, 2019). Empresas estabelecidas, como o Facebook e o Google, conseguem explorar o efeito de rede para solidificar suas posições, dificultando a inovação e a concorrência.

Além disso, as concentrações podem ter impactos significativos na liberdade de expressão, já que as plataformas dominantes possuem o poder de moderar conteúdo e determinar as regras de discurso. A questão de quem controla as redes sociais torna-se, portanto, uma questão não apenas de economia, mas também de democracia e direitos civis (Ezrachi e Stucke, 2016).

A regulação das redes sociais é um campo dinâmico e de rápida evolução. Abaixo, são apresentados estudos de casos práticos e uma análise comparativa entre o Brasil e outras jurisdições em relação à proteção de dados e à concorrência nas plataformas digitais. Um dos modelos de regulação que se destacam é a "autorregulação regulada". Essa abordagem permite que as próprias plataformas digitais tenham liberdade para estabelecer suas normas internas, mas dentro de limites regulatórios impostos pelo Estado.

O conceito de autorregulação regulada está fundamentado na ideia de que, dada a complexidade e a rápida evolução das redes sociais, o Estado pode não ter a capacidade de acompanhar todas as mudanças tecnológicas de maneira eficiente (Luño, 2005). Por isso, a participação das empresas de tecnologia responsáveis pelas plataformas é considerada fundamental. Essas empresas possuem o conhecimento técnico necessário para lidar com a velocidade das mudanças e com os desafios impostos pela evolução constante das tecnologias digitais (Marques Neto, 2009).

A abordagem de autorregulação regulada visa permitir que as plataformas mantenham a capacidade de definir suas próprias políticas e mecanismos de controle, enquanto o Estado define padrões mínimos para garantir que a liberdade de expressão seja respeitada, mas sem permitir a propagação de conteúdos ilícitos. Esse modelo é visto como uma forma equilibrada

de regulação, que combina a expertise das plataformas com a supervisão estatal para proteger os direitos dos usuários, sem sufocar a inovação tecnológica (Maranhão e Campos, 2020).

A experiência da Alemanha com a lei NetzDG é um exemplo internacional de uma tentativa de aplicar a autorregulação regulada. A lei impõe às plataformas a obrigação de remover rapidamente conteúdos ilegais, criando assim um equilíbrio entre a liberdade das empresas para operar suas plataformas e a necessidade de proteger os usuários contra abusos, como discursos de ódio e desinformação (Wischmeyer, 2019).

A União Europeia, com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), serve como um modelo global para a regulação de dados pessoais. Embora a LGPD tenha sido inspirada no GDPR, existem diferenças importantes na aplicação e na severidade das penalidades. A tabela a seguir apresenta uma comparação detalhada entre o Brasil e a União Europeia.

Tabela 1⁷: Comparativo Regulatório entre Brasil e União Europeia

Tema	Brasil (LGPD e Marco Civil)	União Europeia (GDPR e Diretivas)
Consentimento para tratamento de dados	Exigido, com algumas exceções	Exigido de forma estrita e abrangente
Direitos do titular dos dados	Acesso, correção, exclusão, portabilidade	Acesso, correção, exclusão, portabilidade
Proteção contra vazamento de dados	Obrigação de notificar ANPD e titulares	Obrigação de notificar DPA e titulares
Penalidades	Multas administrativas de até 2% do faturamento	Multas de até 4% do faturamento global

Um exemplo notável no contexto europeu foi a imposição de uma multa de €50 milhões ao Google pela CNIL (autoridade de proteção de dados da França) por violações relacionadas à falta de transparência e consentimento inadequado para o uso de dados de

⁷ Tabela do autor: Essa tabela compara as regulamentações da LGPD no Brasil e do GDPR na União Europeia. Os dados foram obtidos a partir de documentos oficiais, tanto da legislação brasileira quanto da europeia, bem como de relatórios de impacto e análises comparativas publicadas por organizações de proteção de dados. Fontes podem ser consultadas:

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018).

EUROPA. Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR).

CNIL (Comissão Nacional de Informática e Liberdades da França). Relatório de Aplicação do GDPR, 2020.

usuários para personalização de anúncios. Esse caso, ocorrido em 2019, demonstrou a severidade com que as autoridades europeias aplicam o GDPR, especialmente em grandes plataformas de redes sociais e publicidade online.

Esse exemplo serve como um alerta para o Brasil, onde a aplicação rigorosa da LGPD, em conjunto com o CADE, pode desempenhar um papel crucial na garantia de que grandes plataformas não usem indevidamente seus dados para consolidar poder de mercado.

O impacto econômico da regulação das redes sociais no Brasil pode ser medido não apenas pelo efeito direto nas empresas, mas também pelos efeitos mais amplos no mercado digital e na inovação. Em termos de multas e sanções, desde a implementação da LGPD, grandes plataformas já foram multadas em milhões de reais por violações de privacidade. A seguir, uma tabela com dados das principais penalidades aplicadas pela ANPD e o impacto econômico.

Tabela 2⁸: Penalidades Aplicadas pela ANPD a Plataformas Digitais (2021-2023)

Ano	Empresa	Infração	Valor da multa
2021	Facebook Brasil	Uso inadequado de dados	R\$ 5 milhões
2022	Google Brasil	Coleta de dados sem consentimento explícito	R\$ 3,5 milhões
2023	TikTok	Compartilhamento de dados sem autorização	R\$ 4 milhões

Tais números ilustram o efeito da regulação sobre as plataformas de redes sociais e servem como incentivo para que as empresas adotem práticas de conformidade mais rigorosas.

Inequívoca, portanto, a necessidade de ocorrer maior regulação da internet e redes sociais. Nesse passo destaca-se o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o qual é a principal regulação que estabelece direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. A legislação foi inovadora ao definir princípios como a neutralidade da rede e a privacidade dos usuários como elementos centrais da governança da internet no Brasil (Belli, 2016). A neutralidade da rede é especialmente importante para assegurar que as plataformas de redes

⁸ Tabela do autor: Os dados desta tabela foram baseados em informações divulgadas pela ANPD e na imprensa, detalhando as penalidades aplicadas a grandes plataformas digitais desde a implementação da LGPD. Fontes que podem ser consultadas:

ANPD. Decisões sobre sanções administrativas aplicadas a plataformas digitais, 2021-2023.

Jornais: Folha de São Paulo, Valor Econômico e O Globo, que reportaram sobre multas aplicadas às plataformas como Facebook e Google no Brasil.

Google Transparency Report e Relatórios de Conformidade de Privacidade.

sociais tratem todos os usuários de forma igual, sem discriminação ou priorização de conteúdo com base em interesses comerciais.

Apesar de ser um marco na regulação digital, o Marco Civil ainda enfrenta desafios de implementação, especialmente quando se trata de redes sociais. A moderação de conteúdo e a proteção de dados pessoais, que são temas centrais no debate global sobre regulação de plataformas, também afetam a forma como a internet é utilizada no Brasil. Como observou Doneda (2014), o Marco Civil necessita de uma aplicação mais robusta em áreas como o combate à desinformação e à proteção contra o abuso de poder das grandes plataformas digitais.

Caminhando nesse sentido o Brasil avançou com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em vigor desde 2020, trouxe uma nova camada de regulação, focada na proteção de dados pessoais dos usuários. Inspirada no GDPR europeu, a LGPD exige que as plataformas digitais obtenham o consentimento explícito dos usuários antes de coletar e processar seus dados (Doneda, 2020).

A relação entre a LGPD e o Direito Concorrencial é de fundamental importância para o mercado digital. Ao limitar a forma como as plataformas podem utilizar dados pessoais, a LGPD atua como um freio ao poder econômico das grandes plataformas, forçando-as a adotar práticas mais transparentes e menos invasivas. Entretanto, para que essa regulação seja eficaz, é necessário um alinhamento entre o CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), de modo a garantir que a coleta de dados não crie novas barreiras à entrada para concorrentes menores.

Consequentemente a relação entre concorrência e liberdade de expressão é um ponto crítico quando se analisa o impacto das grandes plataformas de redes sociais. Conforme destacado por Doneda (2020), a concentração de poder nas mãos de poucas empresas de tecnologia pode ter consequências diretas sobre a liberdade de expressão dos usuários. Empresas com controle sobre o conteúdo que circula nas redes sociais podem exercer um poder desproporcional sobre o discurso público.

A inovação também é prejudicada quando o mercado é dominado por poucas empresas. Como observado por Salomão Filho (2007), a competição é essencial para a criação de novos produtos e serviços. Nos mercados digitais, isso significa que a regulação deve não apenas proteger a concorrência, mas também incentivar o surgimento de novas plataformas que desafiem os incumbentes. A regulação da concorrência, portanto, não é apenas uma questão econômica, mas um componente essencial para o funcionamento de uma sociedade democrática e inovadora.

CONCLUSÃO

O estudo explorou como a análise dos atos de concentração em mercados digitais influencia diretamente a regulação das redes sociais no Brasil. A convergência entre a proteção de dados, a regulação concorrencial e a liberdade de expressão criam desafios únicos para os reguladores, que precisam equilibrar o incentivo à inovação com a proteção dos direitos dos usuários.

A regulação da internet, especialmente no que diz respeito às redes sociais, tem sido objeto de intenso debate, sobretudo com o crescimento das plataformas digitais e o impacto de suas operações nas dinâmicas sociais e políticas. As redes sociais digitais, como Facebook, Instagram e Twitter, desempenham um papel central na disseminação de informações, mas também na propagação de desinformação. Esse cenário desafia os Estados a criar mecanismos de controle e regulação eficazes para combater a desinformação e garantir que essas plataformas operem em conformidade com os valores democráticos e os direitos fundamentais.

No Brasil, a legislação referente à internet começou a ser estabelecida com o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que fornece diretrizes gerais para o uso da internet no país. No entanto, o Marco Civil da Internet não se concentra especificamente nas redes sociais ou na disseminação de desinformação. Projetos como o PL 2630/2020, conhecido como "PL das Fake News", buscam criar mecanismos mais específicos para responsabilizar as plataformas pela desinformação disseminada por meio de seus serviços (Abboud, Nery Jr. e Campos, 2020).

É crucial que as teorias e práticas de análise antitruste evoluam para incluir a posse de dados como um elemento competitivo, levando em conta o impacto dos mercados digitais de preço zero e das inovações disruptivas na dinâmica da concorrência. A interação entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais exige contínuo aprofundamento, a fim de garantir a efetiva promoção da concorrência e a preservação dos direitos dos consumidores na era digital.

A conexão entre o Direito Concorrencial e a proteção de dados pessoais possui implicações significativas para a avaliação concorrencial em mercados digitais. Essa intersecção revela que os dados pessoais transcendem seu papel de mero ativo de consumo, tornando-se um recurso estratégico capaz de influenciar a dinâmica concorrencial. Empresas que detêm vastas quantidades de dados pessoais podem obter vantagens competitivas, potencialmente limitando a concorrência e erguendo barreiras à entrada de novos concorrentes.

Por um lado, a acumulação de dados pode aprimorar produtos e serviços, trazendo benefícios para os consumidores. No entanto, se as empresas utilizarem esses dados de maneira

a prejudicar a concorrência ou explorar os consumidores, isso poderá gerar efeitos negativos tanto para o mercado quanto para a sociedade.

Os efeitos sobre a concorrência podem se manifestar de diversas formas. Primeiro, a concentração de dados pode fortalecer a posição de grandes empresas tecnológicas, dificultando a entrada de novos competidores. Segundo esses dados podem ser usados para distorcer a competição, como ao priorizar serviços próprios ou prejudicar concorrentes. Terceiro, o controle de grandes volumes de dados pode resultar em perda de privacidade para os consumidores, que frequentemente dispõem de poucas opções ou controle sobre como suas informações são utilizadas.

Por fim, a interação entre o CADE e a ANPD é crucial para garantir que os mercados digitais permaneçam competitivos e que os direitos de privacidade dos usuários sejam respeitados. As plataformas de redes sociais, ao controlar grandes quantidades de dados pessoais, têm o potencial de distorcer o mercado e de influenciar o discurso público. Portanto, a regulação eficaz desses mercados deve ser multifacetada, considerando não apenas os aspectos econômicos, mas também os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G.; NERY JR., N.; CAMPOS, R. Fake news e regulação. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

BELLI, Luca. O marco civil da internet e a governança da internet no Brasil: Fundamentos e Perspectivas. Brasília: FGV, 2016.

BAGNOLI, Vicente. Big Data compliance: a interface entre proteção de dados, consumidor e concorrência. In: PAIS, Sofia Oliveira; BAGNOLI, Vicente (Coord.). Temas atuais de Direito da Concorrência: economia digital, direitos fundamentais e outros desafios. Porto: Universidade Católica, 2020.

CIURIAK, Dan. The economics of data: implications for the Data-Driven economy. Centre for International Governance Innovation, Waterloo, 5 mar. 2018. Disponível em: <https://www.cigionline.org/articles/economics-data-implications-data-driven-economy>. Acesso em: 08 out. 2024.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais no Brasil e na União Europeia. Revista de Direito, 2019.

DONEDA, Danilo. O marco civil da internet: a internet no Brasil e a regulação da privacidade. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

FARINHO, D. S. Delimitação do espectro regulatório de redes sociais. In: ABBOUD, G.; NERY JR., N.; CAMPOS, R. (Orgs.). Fake news e regulação. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 29-89.

FRAZÃO, Ana. Apresentação da obra. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 5-6.

FREITAS, Frederico. Concorrência, dados pessoais e redes sociais: uma análise sob a LGPD. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

LUÑO, A. E. P. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005.

MACHADO, Michelle; BITTAR, Ana Carolina; TAVASSI, Ana Paula. Controle de estruturas em mercados intensivos em inovação. In: DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio Dias (Coord.). Direito Concorrencial: questões atuais. São Paulo: Bruker, 2018.

MARANHÃO, J.; CAMPOS, R. Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: Fundamentos constitucionais. In: ABBOUD, G.; NERY JR., N.; CAMPOS, R. (Orgs.). Fake news e regulação. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 321-335.

MARQUES NETO, F. A. Regulação econômica e suas modalidades. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 7, n. 28, p. 37, 2009.

MEIRELES, Adriana Veloso. Algoritmos e autonomia: relações de poder e resistência no capitalismo de vigilância. Opinião Pública, Campinas, v. 27, n. 1, p. 28-50, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/vryT7RHQCQ8q8RvYXF3zKvZS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 out. 2024.

MOTTA, Lucas Griebeler da. Análise multijurisdicional de aquisições centradas em dados: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/05/dpbr_relatorio_data_driven_mergers_vf.pdf. Acesso em: 24 out. 2024.

POSNER, Richard A. Economic analysis of law. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: análise e doutrina. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUMPETER, Joseph Alois. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

WISCHMEYER, T. What is illegal offline is also illegal online – The German Network Enforcement Act 2017. In: PETKOVA, B.; OJANEN, T. (Orgs.). Fundamental rights protection online: The future regulation of intermediaries. London: Edward Elgar Publishing, 2019.

LA LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE LA UE: UN HITO NORMATIVO EN LA ESCENA GLOBAL

*A LEI DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DA EU: UM MARCO NORMATIVO NO
CENÁRIO GLOBAL*

*EU ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT: A REGULATORY MILESTONE ON THE
GLOBAL STAGE*

Raúl F. Campusano Droguett⁹
Josefa B. Giesen Espejo¹⁰

Resumen: Este texto presenta una sistematización de los principales aspectos de la Ley de Inteligencia Artificial aprobada recientemente en la Unión Europea, en especial en lo relativo a su ámbito de aplicación, prácticas prohibidas, sistemas de alto riesgo, institucionalidad y el régimen sancionatorio aplicable. Tras lo cual expondremos cinco consideraciones y reflexiones finales que permitirán al lector analizar su contenido en profundidad más allá de los requisitos formales. Dicho análisis resulta fundamental considerando no solo los efectos extraterritoriales que tendrá la ley una vez que entre en vigencia, sino que, además, porque esta regulación se convertirá en un hito normativo que influenciará las regulaciones que surjan en otros países.

Palabras clave: Ley de Inteligencia Artificial. IA. UE. Prácticas prohibidas. Sistemas de IA de alto riesgo. Institucionalidad. Sanciones. Extraterritorialidad de la ley.

Resumo: Este texto apresenta uma sistematização dos principais aspetos da Lei da Inteligência Artificial recentemente aprovada na União Europeia, nomeadamente no que respeita ao seu âmbito de aplicação, práticas proibidas, sistemas de alto risco, institucionalidade e regime sancionatório aplicável. De seguida, apresentaremos cinco considerações e reflexões finais que permitirão ao leitor analisar o seu conteúdo em profundidade, para além das exigências formais. Esta análise é essencial considerando não só os efeitos extraterritoriais que a lei terá quando entrar em vigor, mas também porque esta regulamentação se tornará um quadro normativo que influenciará regulamentações que surjam noutros países.

⁹ Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Director Posgrados Derecho UDD. Director académico del programa de Magister en Derecho Ambiental UDD. Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios sobre la Paz Internacional, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

¹⁰ Abogada. Licenciada en Derecho por la Universidad del Desarrollo. Magister en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo y Master of Arts en Medical Ethics & Law, King's College London, Reino Unido. Profesora colaboradora de la Universidad del Desarrollo. Asociada en Kehr Abuid Abogados. Correo electrónico: josefa.giesen@udd.cl

Palavras-chave: Direito da Inteligência Artificial. IA. UE. Práticas proibidas. Sistemas de IA de alto risco. Institucionalidade. Sanções. Extraterritorialidade da lei.

Abstract: This article aims to systematise the main aspects of the AI Act recently approved in the European Union, in particular with regard to its scope, prohibited practices, high-risk systems, the institutional framework and the applicable sanctions regime. This is followed by five considerations and final reflections that will allow the reader to do an in-depth analysis of the content of the Act beyond the formal requirements. This analysis is essential, not only because of the extraterritorial effects that the law will have once it enters into force, but also because this regulation will become a milestone that will influence the regulations that will emerge in other countries.

Keywords: Artificial Intelligence Act. AI. EU. Prohibited practices. High-risk AI systems. Institutionalality. Sanctions. Extraterritoriality of the law.

INTRODUCCIÓN

El 13 de marzo de 2024 fue aprobado por el Parlamento Europeo la Ley de Inteligencia Artificial (en adelante La Ley o El Reglamento), cuyo objetivo es:

“es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, en particular la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de inteligencia artificial (‘sistemas de IA’) en la Unión, así como brindar apoyo a la innovación”¹¹.

La importancia de su estudio y análisis reside no solo porque se trata de un instrumento normativo, único e innovador sobre una materia contingente, sino que, además, por el impacto que tendrá y la influencia que generará a escala global. En concreto, tal como veremos, su ámbito de aplicación tendrá efectos extraterritoriales fuera de la Unión Europea, teniendo el potencial de convertirse en el *global standard* de la regulación de la inteligencia artificial a nivel global¹². En otras palabras, esta regulación implica, entonces, que no solo es valioso *per se* regular los sistemas de IA, sino que al ser pioneros en hacerlo tendrá un amplio impacto más allá de sus fronteras en beneficio de la UE, lo cual se conoce como el “Efecto Bruselas”¹³.

El texto aprobado establece normas armonizadas para el ingreso al mercado, implementación y uso de sistemas de IA en la UE; prácticas de IA prohibidas; requisitos y obligaciones para los operadores de sistemas de IA de alto riesgo; normas de transparencia aplicables a sistemas de IA que no sean de alto riesgo; normas aplicables a modelos de IA de uso general para su introducción en el mercado; normas de seguimiento y vigilancia del mercado,

¹¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 1.1.

¹² THELISSON, VERMA (2024).

¹³ ENGLER (2022).

institucionalidad y un régimen sancionatorio; finalmente, establece medidas en apoyo de la innovación.

La Ley entrará en vigencia veinte días después de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*¹⁴, no obstante, se establecen distintos plazos de vacancia legal para que comience a regir. En general, La Ley será aplicable veinticuatro meses después de su entrada en vigencia, con las siguientes excepciones: los capítulos referentes a las disposiciones generales y prácticas de IA prohibidas comenzarán a regir seis meses después de la entrada en vigencia de esta regulación jurídica; los capítulos que versan sobre autoridades notificantes y organismos notificados, modelos de IA de uso general, gobernanza y sanciones, serán aplicables doce meses después de la fecha de entrada en vigencia de La Ley con excepción del art. 101, que se refiere a las multas a proveedores de modelos de IA de uso general. Finalmente, el art. 6 apartado 1 sobre las reglas de clasificación de los sistemas de IA de alto riesgo, y las obligaciones respectivas establecidas en la regulación analizada regirán treinta y seis meses después de la entrada en vigencia de La Ley. Si bien esta forma para su entrada en vigencia resulta bastante particular, es una práctica que la UE ha utilizado en materias relacionadas como en la Protección de Datos¹⁵.

En este trabajo revisaremos el contexto en el cual La Ley fue dictada, a quienes aplica, los sistemas de riesgo, la institucionalidad respectiva, el régimen sancionatorio, y analizaremos cinco aspectos críticos de La Ley para concluir que, si bien esta ley es un claro avance en materia de la regulación de la IA, su contenido está desequilibrado, propendiendo en mayor medida la promoción del mercado interno de la UE más que el resguardo y protección de los derechos fundamentales de las personas, lo cual debe mirarse con especial preocupación dada la influencia que tendrá en los diferentes países.

I. ANTECEDENTES PREVIOS

En los últimos años, la IA ha sido considerada como una de las fuerzas más transformadoras de nuestro tiempo¹⁶ convirtiéndose en un foco estratégico para los gobiernos de todo el mundo, lo que ha dado lugar a una “carrera hacia la regulación de la IA”¹⁷. En este contexto, debemos destacar que la propuesta de regulación de la Comisión Europea (órgano ejecutivo de la UE), sobre IA de 21 de abril de 2021¹⁸, no fue un proyecto que surgió de forma repentina, por el contrario, obedeció a una serie de actos, documentos, estudios y reflexiones previas.

Remontándonos a los antecedentes previos más relevantes, en octubre de 2017 el Consejo Europeo instó a la Comisión Europea para que a principios de 2018 propusiera un planteamiento europeo de la inteligencia artificial con miras de que la UE buscara nuevos mercados¹⁹. Así, en la comunicación de 25 abril de 2018 sobre inteligencia artificial para Europa, la Comisión Europea definió la postura de la UE sobre la IA; junto con definir la IA y explicar sus beneficios, usos y

¹⁴ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 113.

¹⁵ GARCÍA (2022).

¹⁶ SMUHA (2021).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA (2021).

¹⁹ CONSEJO EUROPEO (2017).

futuras aplicaciones, desarrolló una visión proclive a su investigación y desarrollo, dado que se trataba de una oportunidad de mercado que la industria europea debía liderar. La UE proyectaba “convertirse en líder de la revolución de la IA, de acuerdo con su propia visión y basándose en sus valores”²⁰. En dicha comunicación se anunció el encargo a un grupo de expertos elaborar directrices éticas sobre IA. En línea con esas definiciones, en la comunicación de 7 de diciembre de 2018, la Comisión Europea definió un plan coordinado sobre el desarrollo y uso de la inteligencia artificial Made in Europe en el cual se establecieron estrategias para acelerar su implementación²¹.

Luego, en abril de 2019 el grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial publicó las directrices éticas para una IA fiable, la cual se fundamenta en tres elementos que deben concurrir de forma simultánea durante todo el ciclo de vida de los sistemas de IA; la IA debe ser lícita, ética y robusta tanto técnica como socialmente²². Desde una perspectiva basada en los derechos fundamentales, desarrolló cuatro principios éticos: el respeto a la autonomía humana, la prevención del daño, la equidad y la explicabilidad. Para concretar los principios éticos estableció una lista de siete requisitos sistémicos, individuales y sociales que debe tener una IA fiable: acción y supervisión humanas, solidez técnica y seguridad, gestión de la privacidad y de los datos, transparencia, diversidad, bienestar social y ambiental, y rendición de cuentas²³.

Asimismo, para cumplir con dichos requisitos, definió métodos técnicos y no técnicos que garanticen la fiabilidad de la IA. Dentro de los métodos técnicos, reconoce que deben existir conjuntos de normas que denomina “lista blanca” referente a comportamientos que los sistemas de IA deben cumplir en todo momento, y “listas negras” referentes a prohibiciones que se deben establecer; y destaca el cumplimiento normativo como favor clave para garantizar determinados valores. Por su parte, dentro de los métodos no técnicos, considera necesario revisar la normativa existente o adoptar normas específicas sobre la materia; recomienda la adopción de sistemas de acreditación, códigos éticos o normas que garanticen que el diseño de los sistemas de IA respeten los derechos fundamentales; reconoce que, si bien la certificaciones pueden acreditar que los sistemas de IA son transparentes, responsables y equitativos, estas no pueden sustituir la responsabilidad, por lo cual, deben existir métodos de rendición de cuentas²⁴. En la misma dirección que los principios y requisitos establecidos por el grupo de expertos, en mayo de 2019, los países miembros de la OCDE adoptaron cinco principios para una gestión responsable de la IA: crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar; valores humanos y equidad; transparencia y aplicabilidad; solidez, seguridad y protección; y rendición de cuentas²⁵.

En junio de 2019 el grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial emitió un segundo informe sobre recomendaciones políticas y de inversión de una IA fiable en el cual se proponen treinta y tres recomendaciones que guíen la regulación, hacia la sostenibilidad, crecimiento y competitividad y, al mismo tiempo, proteja a los seres humanos. Resulta interesante el reconocimiento que hace respecto a la dificultad que tiene esta tarea y la falta de evidencia disponible para informar la política pública²⁶.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA (2018a) p. 22.

²¹ COMISIÓN EUROPEA (2018b).

²² GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (2019).

²³ *Ibid.*

²⁴ *Op. cit.* n. 14.

²⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2019).

²⁶ HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2019).

Posteriormente, en febrero de 2020 la Comisión Europea publicó el *Libro Blanco sobre inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*²⁷ en el cual:

“ofrece alternativas políticas para facilitar un desarrollo de la inteligencia artificial seguro y fiable en Europa, que respete plenamente los valores y los derechos de los ciudadanos de la UE”²⁸.

En esta misma línea, analiza los efectos que tendrá la IA en materia de seguridad y responsabilidad civil.

Tras todos documentos, decisiones y reflexiones, la propuesta de regulación de la Comisión Europea sobre IA se presentó el 21 abril de 2021, exponiendo como fundamento jurídico de su regulación el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea referente a las medidas que tienen por objetivo el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Asimismo, se fundamenta en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad para evitar potenciales ambigüedades que pudieran surgir entre regulaciones nacionales de los Estados miembros.

Este texto fue sometido a consulta pública en agosto de 2021, periodo en el cual se recibieron trescientos tres comentarios válidos, constituyendo más del 50 % opiniones provenientes del gremio empresarial²⁹. En mayo de 2023 el Parlamento Europeo presentó un informe con más de setecientas modificaciones al texto de La Ley en aras de garantizar la protección de los derechos humanos, los valores de la UE, un mercado digital integrado y la promoción del emprendimiento y la innovación³⁰.

Finalmente, en diciembre de 2023 se alcanzó un acuerdo político entre el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo sobre La Ley, la cual fue aprobada en marzo de 2024, cuyos principales aspectos revisaremos en los siguientes apartados.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Uno de los aspectos interesantes de La Ley se refiere a quienes se sujetarán a la normativa. Atendida la naturaleza propia de la IA y de la innovación digital en general, la cual permite que desarrolladores de *softwares* que se vayan a introducir al mercado de la UE se encuentren en cualquier país del mundo, hace que su ámbito de aplicación produzca efectos extraterritoriales, pudiendo afectar, por ejemplo, a empresas chilenas desarrolladoras de sistemas de IA que se comercialicen en la Unión Europea.

En particular, el art. 2 de La Ley refiere quienes están sujetos a la regulación:

“El presente Reglamento se aplicará a:

- a) los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA o que introduzcan en el mercado modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de si dichos proveedores están establecidos o ubicados en la Unión o en un tercer país;

²⁷ COMISIÓN EUROPEA (2020).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Para revisar el detalle de los comentarios y las estadísticas, véase https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/feedback_es?p_id=242120_03 [fecha de consulta: 14 de abril 2024].

³⁰ PARLAMENTO EUROPEO (2023).

- b) los responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en la Unión;
- c) los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, cuando la información de salida generada por el sistema de IA se utilice en la Unión.
- d) los importadores y distribuidores de sistemas de IA;
- e) los fabricantes de productos que introduzcan en el mercado o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y con su propio nombre o marca comercial;
- f) los representantes autorizados de los proveedores que no estén establecidos en la Unión;
- g) las personas afectadas que estén ubicadas en la Unión”³¹.

Por su parte, regula, también, los actos y ámbitos excluidos, entre ellos,

- 1) los actos “que queden fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”³²;
- 2) los sistemas de IA “con fines militares, de defensa o seguridad nacionalidad”³³;
- 3) los sistemas de IA utilizados por autoridades de terceros países o a las organizaciones internacionales cuando sean utilizados en el marco de acuerdos internacionales de cooperación,

“siempre que el tercer país o la organización internacional ofrezca garantías suficientes con respecto a la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas”³⁴.

- 4) sistemas IA, “incluida su información de salida, desarrollados y puestos en servicio específicamente con la investigación y el desarrollo científicos como única finalidad”³⁵;
- 5) “actividades de investigación, prueba o desarrollo relativa a sistemas o modelos de IA antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio”³⁶;
- 6) “los responsables del despliegue que sean personas físicas que utilicen sistemas de IA en el ejercicio de una actividad puramente personal de carácter no profesional”³⁷.

Así, teniendo claro el marco general de aplicación de La Ley y sus respectivas exclusiones, es importante revisar con una mirada crítica y analítica cada uno de estos aspectos, para identificar los posibles *loopholes* que puedan surgir cuando La Ley entre en vigencia.

III. EL SISTEMA DE RIESGOS Y PRÁCTICAS PROHIBIDAS

Para establecer los requisitos y obligaciones a los distintos sistemas de inteligencia artificial, La Ley se sustenta en un enfoque basado en riesgos³⁸, así dependiendo de si el sistema supone mayores riesgos, del mismo modo mayores exigencias y obligaciones que deben cumplir los diferentes operadores. Si bien este modelo de regulación para aplicarlo a la IA ha sido criticado por la falta de criterios revisables externamente y por la arbitrariedad con la cual se categoriza el

³¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) artículo 2.1.

³² *Op. cit.* Artículo 2.3.

³³ *Ibid*

³⁴ *Op. cit.* Artículo 2.4

³⁵ *Op. cit.* Artículo 2.6.

³⁶ *Op. cit.* Artículo 2.8.

³⁷ PARLAMENTO EUROPEO (2024) Artículo 2.10.

³⁸ A diferencia de un enfoque basado en normas, un enfoque basado en riesgo implica adaptar la supervisión según los riesgos evaluados. Un enfoque sólido sustentado en el riesgo incluye estrategias apropiadas para hacer frente a toda la gama de riesgos, desde los más graves hasta los más leves. Aunque un enfoque establecido en el riesgo exige que los supervisores centren su atención en las áreas de mayor riesgo, las áreas de menor riesgo siguen requiriendo atención. FATF (2021).

riesgo³⁹, otros reconocen que este modelo ha sido efectivo en otros ámbitos como la banca y la lucha contra el blanqueo de capitales⁴⁰.

De esta manera, La Ley distingue entre los sistemas de IA de riesgo inaceptable, cuyas prácticas prohíbe; los sistemas de IA de alto riesgo, estableciendo requisitos y obligaciones para sus operadores y obligaciones menos restrictivas a sistemas de IA, que no son de alto riesgo. En esta sección, junto con mencionar estas últimas, nos centraremos en la sistematización de las prácticas prohibidas y los sistemas de alto riesgo, foco esencial de regulación de La Ley.

1. Prácticas de IA prohibidas

Teniendo en consideración que la IA es una potencial amenaza a los derechos fundamentales, y que “puede utilizarse indebidamente y proporcionar nuevas y poderosas herramientas para llevar a cabo prácticas de manipulación, explotación y control social”⁴¹, La Ley determina ciertas conductas de IA que estarán derechamente prohibidas, pues atentan:

“contra de los valores de la Unión de respeto de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado de Derecho y de los derechos fundamentales consagrados en la Carta, como el derecho a la no discriminación, a la protección de datos y a la intimidad y los derechos del niño”⁴².

En síntesis, el art. 5 establece el listado de prácticas de IA prohibidas:

- 1) Sistemas de IA que utilicen técnicas subliminales o deliberadamente manipuladoras con el objetivo de alterar el comportamiento de una persona o un grupo, mermando su capacidad para tomar una decisión informada, provocando que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de manera que provoque o sea probable que provoque perjuicios significativos⁴³.
- 2) Sistemas de IA que exploten alguna de las vulnerabilidades de una persona o un grupo específico de personas derivadas de su edad, discapacidad, situación social o económica, con el objetivo de alterar de manera sustancial su comportamiento de manera que provoque o sea probable que provoque perjuicios significativos⁴⁴.
- 3) Sistemas de IA que evalúen o clasifiquen personas o a grupos de personas durante un periodo determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque un trato desfavorable a determinadas personas en contextos que no tengan relación con los contextos donde se recabaron los datos; o un trato desfavorable que sea injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este⁴⁵.
- 4) Sistemas de IA que evalúen los riesgos de personas para evaluar o predecir la probabilidad de que una persona cometa una infracción penal basándose únicamente

³⁹ EDWARDS (2022).

⁴⁰ PAVLIDIS (2024).

⁴¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) considerando 28.

⁴² *Ibid*

⁴³ *Op. cit.* Artículo 5.1 letra a).

⁴⁴ *Op. cit.* letra b)

⁴⁵ *Op. cit.* letra c)

en la elaboración del perfil de una persona o en la evaluación de los rasgos y características de su personalidad. La prohibición anterior no se aplicará a los sistemas de IA que apoyen la evaluación humana de la implicación de una persona en una actividad delictiva que se base en hechos objetivos y verificables⁴⁶.

- 5) Sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o de circuitos cerrados de televisión⁴⁷.
- 6) Sistemas de IA para inferir las emociones de una persona en los lugares de trabajo y en los centros educativos, excepto cuando el sistema de IA se instale o introduzca en el mercado por motivos médicos o de seguridad⁴⁸.
- 7) Sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual; esta prohibición no abarca el etiquetado o filtrado de conjuntos de datos biométricos adquiridos legalmente, como imágenes, basado en datos biométricos ni la categorización de datos biométricos en el ámbito de la aplicación de la ley⁴⁹.
- 8) El uso de sistemas de identificación biométrica remota “en tiempo real” en espacios de acceso público con fines, salvo cuando se trate de:
 - i) la búsqueda de víctimas de secuestro, trata de personas o explotación sexual, o la búsqueda de personas desaparecidas;
 - ii) la prevención de una amenaza inminente para la vida o la seguridad física de las personas o de una amenaza real de un atentado terrorista;
 - iii) la localización o identificación de una persona sospechosa de haber cometido un delito con el objetivo de realizar una investigación o un juicio penal o de hacer efectiva una sanción penal⁵⁰.

2. Los sistemas de IA de alto riesgo

Aquí se revisa el aspecto más exhaustivo de la regulación de la UE, los sistemas de IA de alto riesgo. Con el objetivo de garantizar la armonía entre la protección de los derechos fundamentales, la salud y la seguridad con los compromisos de la UE en materia de comercio internacional⁵¹, La Ley se encarga de detallar qué sistemas serán considerados de alto riesgo, así como las respectivas obligaciones que tendrán los desarrolladores durante el ciclo de operación del sistema.

Es importante destacar que, en el preámbulo de La Ley, se considera:

“La clasificación de un sistema de IA como ‘de alto riesgo’ debe limitarse a aquellos sistemas de IA que tengan un efecto perjudicial importante en la salud,

⁴⁶ *Op. cit.* letra d)

⁴⁷ *Op. cit.* letra e)

⁴⁸ *Op. cit.* letra f)

⁴⁹ *Op. cit.* Artículo 5.1 letra g).

⁵⁰ *Op. cit.* letra h)

⁵¹ *Op. cit.* considerando 7.

la seguridad y los derechos fundamentales de las personas de la Unión, y dicha limitación reduce al mínimo cualquier posible restricción del comercio internacional⁵².

Con esta declaración, podemos vislumbrar que, a pesar de la extensa regulación sobre este tema, la mirada del legislador es dar un alcance excepcional a la calificación de un sistema como de alto riesgo.

1. Calificación de un sistema de IA de alto riesgo

El art. 6.1 y el anexo III de La Ley establece un catálogo reglas de clasificación de sistemas de IA de alto riesgo.

1.1. Reglas generales

El art. 6.1 dispone:

“Con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b), un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación:

- a) Que el sistema de IA esté destinado a ser utilizado como componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito de aplicación de los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I, o que el propio sistema de IA sea uno de dichos productos; y
- b) Que el producto del que el sistema de IA sea componente de seguridad con arreglo a la letra a), o el propio sistema de IA como producto, deba someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio con arreglo a los actos legislativos de armonización de la Unión enumerados en el anexo I⁵³.

Por su parte, el anexo III de La Ley se refiere a ocho diferentes ámbitos en los cuales se considerará a los sistemas de IA como de alto riesgo:

- 1) En lo referente a los sistemas biométricos (que no estén incluidos dentro de las conductas prohibidas), en aquellos casos en que su uso esté permitido por el derecho de la UE o por las normas nacionales de los Estados miembros, serán considerados de alto riesgo los siguientes sistemas de IA:
 - a) Los sistemas de identificación biométrica remota, salvo cuando tengan por única finalidad confirmar la identidad que la persona concreta afirma ser.
 - b) Aquellos que se utilicen para la categorización biométrica basada en atributos sensibles cuando se basen en la inferencia de dichos atributos.
 - c) Aquellos que se utilicen para la identificación de emociones⁵⁴.
- 2) Infraestructura crítica: son de alto riesgo los sistemas de IA diseñados para desempeñar funciones de seguridad en la operación y gestión de infraestructuras

⁵² *Op. cit.* considerando 46 parte final.

⁵³ *Op. cit.* Artículo 6.1

⁵⁴ *Op. cit.* anexo III n.º 1.

digitales críticas, así como en el tráfico vehicular y en la provisión de servicios de agua, gas, calefacción o electricidad⁵⁵.

- 3) Educación: los sistemas de IA que tengan por finalidad:
 - a) Determinar el acceso de personas a centros educativos y distribuir a las personas entre ellos.
 - b) Evaluar los resultados del aprendizaje y guíen el proceso de aprendizaje.
 - c) Los que determinen el nivel educativo adecuado para una persona o al nivel que puede acceder.
 - d) Aquellos que monitoreen y detecten comportamientos prohibidos durante los exámenes en centros educativos⁵⁶.
- 4) Empleo: sistemas de IA que se utilicen con las siguientes finalidades:
 - a) Para la contratación o selección de personal, lo cual abarca desde la publicación de anuncios de empleo hasta el análisis y filtro de solicitudes, así como la evaluación de candidatos.
 - b) Para la toma de decisiones que afectan las condiciones de la relación laboral, la promoción o terminación de contratos laborales, la asignación de tareas basadas en comportamientos o características personales, o cuando se refieran a la supervisión y evaluación del rendimiento y comportamiento laboral⁵⁷.
- 5) Acceso a servicios y prestaciones públicas esenciales: en este caso son considerados sistemas de IA de alto riesgo:
 - a) Aquellos que sean utilizados por autoridades públicas que tengan por finalidad evaluar la admisibilidad, concesión, reducción o retiro de servicios y prestaciones esenciales de asistencia pública.
 - b) Aquellos que se utilicen para evaluar la solvencia o calificación crediticia de las personas, salvo cuando tengan por objetivo detectar fraudes financieros.
 - c) Los que evalúen riesgos y fijen precios de los seguros de vida o de salud.
 - d) Los que evalúen y categoricen las llamadas de emergencia hechas por personas o para la priorización de envío de servicios de emergencia como policía, bomberos y atención médica, así como en sistemas de triaje de pacientes en el contexto de una emergencia médica⁵⁸.
- 6) Aplicación de La Ley: en aquellos casos en que el uso de sistemas de AI esté permitido por el derecho de la UE o por la normativa de algún Estado miembro, serán considerados de alto riesgo los siguientes sistemas de IA:
 - a) Aquellos que se utilicen por autoridades para evaluar el riesgo de que una persona sea víctima de delito.
 - b) Aquellos que se utilicen como polígrafos o mecanismos análogos.
 - c) Aquellos que se utilicen para evaluar pruebas durante una investigación o juicio penal.

⁵⁵ *Op. cit.* anexo III n.º 2.

⁵⁶ *Op. cit.* anexo III n.º3

⁵⁷ *Op. cit.* anexo III n.º4

⁵⁸ *Op. cit.* anexo III n.º5

- d) Aquellos que evalúen las probabilidades de que una persona cometa un delito o reincida o cuando se utilicen para la evaluación de rasgos, características o comportamientos delictivos pasados de una persona.
 - e) Aquellos que elabore perfiles de personas durante la detección, investigación o juicios penal⁵⁹.
- 7) Migración: en aquellos casos en que el derecho de la UE o la normativa de algún Estado miembro permita a las autoridades públicas competentes el uso de sistemas de inteligencia artificial, serán considerados de alto riesgo los siguientes:
- a) Aquellos que se utilicen como polígrafos o mecanismos análogos.
 - b) Aquellos que evalúen riesgos para la seguridad, la salud o migración irregular de una persona que intente entrar o que haya entrado a un Estado de la UE.
 - c) Aquellos que ayuden a examinar si las solicitudes de asilo, visado o permisos de residencias presentadas por una persona cumplen con los requisitos para que se otorgue dicha solicitud.
 - d) Aquellos se utilicen en situaciones relacionadas con migración, asilo o control fronterizo, con el objetivo de identificar personas, salvo cuando se trate de la revisión de documentos de viaje⁶⁰.
- 8) Justicia y democracia: se distinguen dos situaciones:
- a) Sistemas de IA que se utilicen por una autoridad judicial (o por un tercero) para ayudar a dicha autoridad en su labor de investigar e interpretar los hechos y aplicar la ley al caso concreto. Lo anterior también aplica a los casos de resolución alternativa de conflictos.
 - b) Sistemas de IA que se utilicen con la finalidad de influir en el resultado de una elección o en el comportamiento electoral de los votantes. Se excluyen, en este caso, los sistemas de IA cuya información de salida no sea expuesta directamente al público, como ocurre con aquellas herramientas que organicen o estructuren campañas políticas⁶¹.

Respecto de estos ocho ámbitos, es importante destacar que, dado el vertiginoso cambio y avance que experimentan las nuevas tecnologías, el art. 7 de La Ley permite a la Comisión adicionar, modificar o suprimir los sistemas de IA de alto riesgo contemplados en el anexo III mediante actos delegados⁶² (es decir, actos no legislativos) permitiendo que la Comisión pueda revisarlos de forma periódica. Lo cual puede resultar beneficioso o perjudicial –dependiendo de la mirada– para los ciudadanos y operadores de sistemas de IA.

1.2. Excepción

En principio, entonces, pareciera amplio el espectro de situaciones en que los sistemas de IA serán considerados de alto riesgo, sin embargo, el art. 6.3 de La Ley restringe dicho ámbito de aplicación, estableciendo la siguiente excepción:

⁵⁹ *Op. cit.* anexo III n°6

⁶⁰ *Op. cit.* anexo III n°7

⁶¹ *Op. cit.* anexo III n°8

⁶² *Op. cit.* Artículo 7

“un sistema de IA no se considerará de alto riesgo si no plantea un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular al no influir sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones”⁶³.

Establece, además, ciertas condiciones (bastante amplias) que eximen al sistema de IA ser considerado como de alto riesgo.

“[...] Así será cuando se cumplan una o varias de las condiciones siguientes:

- a) que el sistema de IA tenga por objeto llevar a cabo una tarea de procedimiento limitada;
- b) que el sistema de IA tenga por objeto mejorar el resultado de una actividad humana previamente realizada;
- c) que el sistema de IA tenga por objeto detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones con respecto a patrones de toma de decisiones anteriores y no esté destinado a sustituir la evaluación humana previamente realizada sin una revisión humana adecuada, ni a influir en ella; o
- d) que el sistema de IA tenga por objeto llevar a cabo una tarea preparatoria para una evaluación pertinente a efectos de los casos de uso enumerados en el anexo III”⁶⁴.

1.3 Contraexcepción el art. 6.3 parte final, establece:

“No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los sistemas de IA a que se refiere el anexo III siempre se considerarán de alto riesgo cuando el sistema de IA lleve a cabo la elaboración de perfiles de personas físicas”⁶⁵.

2. Requisitos y obligaciones de los operadores de sistemas de IA de alto riesgo

Uno de los aspectos medulares de La Ley se refiere a los requisitos y obligaciones que deben cumplir los operadores de sistemas de IA de alto riesgo.

Así, entre los requisitos (regulados entre los arts. 8 y 15) La Ley exige a los operadores tener un “sistema de gestión de riesgos” el cual se debe extender durante todo su ciclo de funcionamiento, por el cual deberán determinar y analizar los riesgos conocidos y previsibles que puedan impactar los derechos fundamentales de las personas, su salud o seguridad⁶⁶, debiendo adoptar medidas específicas para abordar dichos riesgos⁶⁷. Estas medidas deben procurar eliminar o reducir los riesgos evaluados⁶⁸ e implementar medidas de control en caso de riesgos que no puedan eliminarse⁶⁹. Para cumplir con dicha finalidad, estos sistemas de IA deberán ser sometidos a pruebas antes de su introducción al mercado y durante su desarrollo⁷⁰.

⁶³ *Op. cit.* Artículo 6.3

⁶⁴ *Ibid*

⁶⁵ *Op. cit.* Artículo 6.3

⁶⁶ *Op. cit.* Artículo 9.2 letra a)

⁶⁷ *Op. cit.* Artículo 9.2 letra d)

⁶⁸ *Op. cit.* Artículo 9.5 letra a)

⁶⁹ *Op. cit.* Artículo 9.5 letra b)

⁷⁰ *Op. cit.* Artículo 9.8

Antes de ingresar al mercado deberán contar con documentación técnica (cuyo contenido está descrito en el anexo IV de La Ley) que demuestre el cumplimiento de los requisitos para que las autoridades competentes puedan evaluar su conformidad⁷¹. Asimismo, deberán registrar los archivos que genere durante todo su ciclo de operación⁷². Para garantizar la transparencia del sistema, deben contener instrucciones de uso (cuya descripción de contenido se encuentra en el art. 13). La Ley exige la adopción de medidas que permitan que los sistemas de IA sean debidamente vigilados por humanos⁷³ y que se garantice su ciberseguridad con el fin de que terceros no autorizados puedan alterar su uso u obtener la información que de ellos provenga⁷⁴.

Respecto a las obligaciones, estas se encuentran recogidas en los arts. 16 a 27. Entre ellas: exige a los proveedores la evaluación de impacto que los sistemas de IA puedan tener en los derechos fundamentales⁷⁵; la adopción de sistemas de que garanticen el cumplimiento normativo⁷⁶; la conservación de la documentación exigida para su operación⁷⁷ y de los archivos de información que genere el sistema⁷⁸; la adopción de medidas correctivas relativas al retiro, desactivación o recuperación del sistema de IA cuando este no cumpla con las disposiciones previstas en La Ley⁷⁹; la entrega de información de forma confidencial a las autoridades competentes cuando esta sea requerida⁸⁰; el nombramiento de un oficial de cumplimiento establecido en la UE quien tendrá como misión, en general, verificar que el sistema de IA se encuentra en regla y cooperar con las autoridades competentes⁸¹.

3 Sistemas de IA que no son de alto riesgo

Fuera de los sistemas de alto riesgo, La Ley contempla normas de transparencia a determinados modelos de IA que estén destinados a interactuar con personas⁸² y obligaciones de documentación, transparencia y registro de los modelos de IA de uso general⁸³. Es relevante mencionar que, al igual que a propósito de los sistemas de IA de alto riesgo, La Ley indica que la Comisión deberá elaborar una lista detallada de ejemplos prácticos de sistemas de IA que no sean considerados de alto riesgo, el cual deberá ser dictado en el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigencia de La Ley⁸⁴.

IV. INSTITUCIONALIDAD

Al igual que en el caso del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea en el cual se creó el Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de

⁷¹ *Op. cit.* Artículo 11.1

⁷² *Op. cit.* Artículo 12

⁷³ *Op. cit.* Artículo 14

⁷⁴ *Op. cit.* Artículo 15

⁷⁵ *Op. cit.* Artículo 27

⁷⁶ *Op. cit.* Artículo 17

⁷⁷ *Op. cit.* Artículo 18

⁷⁸ *Op. cit.* Artículo 19

⁷⁹ *Op. cit.* Artículo 20.1

⁸⁰ *Op. cit.* Artículo 21

⁸¹ *Op. cit.* Artículo 22

⁸² *Op. cit.* Artículo 50

⁸³ *Op. cit.* Artículo 53

⁸⁴ *Op. cit.* Artículo 6.5

Protección de Datos, la Ley de IA estableció una institucionalidad específica para su correcta gobernanza. Dichas instituciones una vez que entren en funcionamiento, serán supervisadas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos⁸⁵.

1. Comité Europeo de Inteligencia Artificial

El Comité Europeo de Inteligencia Artificial (en adelante El Comité) tendrá como principal función asesorar y asistir tanto a la Comisión Europea como a cada uno de los Estados miembros “para facilitar la aplicación coherente y eficaz de la ley”⁸⁶. Estará integrado “por un representante de cada Estado miembro, y por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, quien tendrá la calidad de observador”⁸⁷.

Sus funciones están definidas en el art. 66 de La Ley, el cual establece –de forma facultativa–, entre otras, las siguientes:

- 1) Contribuir a la coordinación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de La Ley con las autoridades de vigilancia del mercado.
- 2) Recopilar y compartir conocimientos técnicos, reglamentarios y las buenas prácticas entre los Estados miembros.
- 3) Asesorar sobre la aplicación de La Ley respecto al cumplimiento normativo de modelos de IA de uso general.
- 4) Contribuir a la armonización de las prácticas administrativas en los Estados miembros.
- 5) Emitir recomendaciones o dictámenes por escrito relativos a la aplicación y ejecución de La Ley.
- 6) Promover, junto con la Comisión, a la alfabetización de la IA del público respecto a sus beneficios y riesgos, así como los mecanismos de protección y los deberes y derechos relacionados con el uso de sistemas de IA.
- 7) Facilitar el desarrollo de criterios comunes entre los operadores del mercado y las autoridades competentes de los conceptos previstos en La Ley.
- 8) Cooperar con otras instituciones de la UE, grupos de expertos y otras redes de la EU en ámbitos de ciberseguridad, servicios digitales y financieros, la protección de datos y derechos fundamentales, entre otros.
- 9) Brindar apoyo a la Oficina de Inteligencia Artificial para establecer y desarrollar espacios controlados de pruebas, así como facilitar la cooperación y el intercambio de información entre estos entornos.
- 10) Emitir dictámenes para la Comisión y recibir dictámenes de los Estados miembros sobre alertas calificadas relativas a modelos de IA de uso general⁸⁸.

2 La Oficina de Inteligencia Artificial

La Oficina de Inteligencia Artificial (en adelante Oficina de IA o la Oficina) se encuentra regulada en la Decisión de la Comisión Europea de 24 de enero de 2024 (C/2024/1459), la cual

⁸⁵ *Op. cit.* Artículo 70.9

⁸⁶ *Op. cit.* Artículo 66

⁸⁷ *Op. cit.* Artículo 65.2

⁸⁸ *Op. cit.* Artículo 66

entró en vigencia el 21 de febrero de 2024, es decir, previo a la aprobación de La Ley ocurrida en marzo de 2024. Lo anterior:

“A fin de que pueda iniciarse lo antes posible la preparación de la aplicación del próximo Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, la presente Decisión debe entrar en vigor con carácter de urgencia antes de la adopción de dicho Reglamento”⁸⁹.

El capítulo VII de La Ley relativo a la gobernanza menciona la Oficina de IA en el art. 64 y en el art. 56 hace referencia a algunas de sus funciones, en lo fundamental, se encuentra regulada en la decisión C/2024/1459. La Oficina tendrá un papel central en lo que respecta a la aplicación, ejecución y supervisión de La Ley.

Entre las funciones que desarrollará destacamos las siguientes:

- a) desarrollar herramientas, metodologías e índices de referencia para evaluar las capacidades de los modelos de IA de uso general, en particular los modelos muy grandes con riesgos sistémicos;
- b) supervisar la ejecución y la aplicación de las normas relativas a los modelos y sistemas de IA de uso general, en particular cuando el modelo y el sistema sean desarrollados por el mismo proveedor;
- c) supervisar la aparición de riesgos imprevistos derivados de modelos de IA de uso general, en particular respondiendo a las alertas del grupo de expertos científicos;
- d) investigar posibles infracciones de las normas sobre modelos y sistemas de IA de uso general, en particular mediante la recopilación de reclamaciones y alertas, la asistencia en la preparación de las decisiones de la Comisión y la realización de evaluaciones de conformidad con el próximo Reglamento;
- e) garantizar que, cuando un sistema de IA entre en el ámbito de aplicación de la legislación pertinente de la Unión para que la Comisión tenga competencias de supervisión y ejecución, como el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (7) o el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo (8), la supervisión y la ejecución de dicha legislación estén plenamente coordinadas con la supervisión y la ejecución del próximo Reglamento;
- f) apoyar la aplicación de normas sobre prácticas de IA prohibidas y sistemas de IA de alto riesgo en coordinación con los organismos responsables en virtud de la legislación sectorial, en particular mediante la facilitación del intercambio de información y la colaboración entre las autoridades nacionales, la recopilación de notificaciones y la creación de plataformas y bases de datos de información, especialmente cuando un modelo o sistema de IA de uso general esté integrado en un sistema de IA de alto riesgo”⁹⁰.

⁸⁹ *Op. cit.* Considerando 8

⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA (2024b) Artículo 3.1.

De la misma forma, tendrá un papel de cooperación entre los distintos actores en materia de IA (partes interesadas⁹¹, intersectorial⁹², interinstitucional⁹³ e internacional⁹⁴).

3 Foro Consultivo

El Foro Consultivo, regulado en el art. 67 de La Ley, se trata de un organismo multisectorial integrado por distintos *stakeholders*, incluyendo empresas, sociedad civil y academia, quienes tendrán como misión general proporcionar conocimientos técnicos y asesoramiento al Comité y la Comisión.

Por su parte, la composición del Foro deberá ser equilibrada entre quienes representan intereses comerciales y no comerciales. En la misma línea, entre quienes representen intereses comerciales, deberá existir un equilibrio entre pymes y otras empresas⁹⁵.

Sus miembros serán nombrados por la Comisión, quienes deberán tener conocimientos reconocidos en materia de IA⁹⁶. Durarán en sus cargos dos años, prorrogables por una sola vez⁹⁷. Junto con estos miembros de mandato transitorio, se prevé en la integración del Foro a los miembros permanentes:

“La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad, el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (Cenelec) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI)”⁹⁸.

4 El grupo de expertos de científicos independientes

La Ley contempla en el art. 68 que la Comisión Europea deberá adoptar, mediante un acto de ejecución, las disposiciones relativas sobre la creación de un grupo de expertos científicos. En este sentido, deberá seleccionar a sus miembros, quienes deberán poseer conocimientos actualizados en el ámbito de la IA. Este organismo tendrá como función asesorar y apoyar a la Oficina de IA en el ejercicio de ciertas funciones específicas (establecidas en el art. 68.3). Se detalla, además, que dichos expertos deberán ejercer sus funciones con imparcialidad y objetividad, debiendo publicar una declaración de intereses⁹⁹. Por su parte, se establece que los Estados miembros podrán recurrir a estos expertos, quienes deberán apoyar las actividades relativas al cumplimiento de las obligaciones que establece La Ley¹⁰⁰.

5 Autoridades nacionales competentes

⁹¹ *Op. cit.* Artículo 4.

⁹² *Op. cit.* Artículo .

⁹³ *Op. cit.* Artículo 6.

⁹⁴ *Op. cit.* Artículo 7.

⁹⁵ PARLAMENTO EUROPEO (2024) Artículo 67

⁹⁶ *Op. cit.* Artículo 67.3

⁹⁷ *Op. cit.* Artículo 67.4

⁹⁸ *Op. cit.* Artículo 67.5

⁹⁹ *Op. cit.* Artículo 68

¹⁰⁰ *Op. cit.* Artículo 69

El art. 70 de La Ley establece como obligación a cada Estado miembro el designar al menos una autoridad notificante y una autoridad de vigilancia del mercado.

Las autoridades notificantes serán las responsables de:

“establecer y llevar a cabo los procedimientos necesarios para la evaluación, designación y notificación de los organismos de evaluación de la conformidad, así como de su supervisión”^{101, 102}.

Para evitar los conflictos de intereses que puedan surgir, y para garantizar que las autoridades notificantes ejerzan sus funciones con imparcialidad y objetividad, La Ley establece:

“Las autoridades notificantes no ofrecerán ni ejercerán ninguna actividad que efectúen los organismos de evaluación de la conformidad, ni ningún servicio de consultoría de carácter comercial o competitivo”¹⁰³.

El concepto de autoridades de vigilancia del mercado, se refiere a aquella “autoridad nacional que lleva a cabo las actividades y adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2019/1020”¹⁰⁴. Este reglamento es encargado de regular las normas sobre la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos, el cual tiene por objetivo garantizar el cumplimiento normativo de los productos que son comercializados en la UE¹⁰⁵.

Atendido este panorama institucional, la gobernanza prevista en La Ley, si bien es integral y multisectorial e incluye, incluso, un foro consultivo con las partes interesadas, su plena efectividad solo estará garantizada en la medida que los órganos y autoridades con facultades resolutorias tengan plena independencia de las partes interesadas.

V. RÉGIMEN SANCIONATORIO

El capítulo XII de La Ley (arts. 99 a 101) establece un régimen sancionatorio en caso de que operadores de sistemas de IA infrinjan la normativa aplicable. Para lo cual, hace un reenvío al derecho interno de cada Estado miembro, estableciendo ciertos criterios de aplicación general. Las instituciones y órganos de la UE también podrán ser sujeto de multas administrativas, así como los proveedores de modelos de IA de uso general.

El art. 99 contempla las sanciones en caso de infracción:

“los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones y otras medidas de ejecución, como advertencias o medidas no pecuniarias, aplicable a las infracciones del presente Reglamento que cometan los operadores y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que se aplican de forma adecuada y efectiva y teniendo en cuenta las directrices emitidas por la Comisión con arreglo

¹⁰¹ *Op. cit.* Artículo 28

¹⁰² Los organismos de evaluación de la conformidad están definidos en el art. 3 n.º 21) como: “un organismo independiente que desempeña actividades de evaluación de la conformidad, como el ensayo, la certificación y la inspección”. Por su parte, la evaluación de la conformidad se refiere a ‘el proceso por el que se demuestra si se han cumplido los requisitos establecidos en el capítulo II, sección 2, en relación con un sistema de IA de alto riesgo”

¹⁰³ PARLAMENTO EUROPEO (2024) Artículo 28.5

¹⁰⁴ *Op. cit.* Artículo 3 n.º 26

¹⁰⁵ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2019).

al artículo 96. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Tendrán en cuenta los intereses de las pymes, incluidas las empresas emergentes, así como su viabilidad económica”¹⁰⁶.

Los Estados miembros deberán informar a la Comisión las normas relativas a las sanciones y sus eventuales modificaciones¹⁰⁷.

En caso de que se infrinjan las normas relativas a las prácticas prohibidas de IA establecidas en el art. 5, La Ley contempla multas administrativas de hasta treinta y cinco millones de euros. En el caso de que el infractor sea una empresa, dicha multa puede elevarse hasta el 7 % del volumen de negocios mundial total (del ejercicio financiero anterior), si dicho monto fuera superior¹⁰⁸. En los otros casos, La Ley establece multas administrativas en caso de incumplimiento de las obligaciones de los distintos operadores de sistemas de IA y organismos notificados de hasta quince millones de euros, o si se trata de una empresa, hasta el 3 % del volumen de negocios mundial total (del ejercicio financiero anterior), si esta cuantía fuera superior¹⁰⁹.

También se prevén multas administrativas cuando los operadores de sistemas de IA presenten información inexacta, incompleta o engañosa en respuesta a una solicitud de los organismos notificados o las autoridades nacionales competentes. En dicho caso, la multa ascenderá hasta siete millones y medio de euros, y cuando se trate de una empresa la infractora, hasta el 1 % del volumen de negocios mundial total (del ejercicio financiero anterior), en caso de ser superior¹¹⁰.

Ahora bien, La Ley precisa que, en el caso de las pymes o empresas emergentes, en el evento de incurrir en las conductas que dan lugar a las multas anteriores, se elegirá el monto que fuera inferior¹¹¹. De la misma forma, La Ley regula algunos criterios para determinar la cuantía de la multa al caso concreto como, por ejemplo: la gravedad y duración de la infracción, la cantidad de personas afectadas y los daños sufridos por estas, la reincidencia del operador en la conducta, el volumen de negocios anual del operador, los beneficios financieros obtenidos a través de la infracción, la colaboración con las autoridades nacionales competentes, el grado de responsabilidad del operador, el dolo o culpa del operador, entre otras¹¹².

Las multas administrativas deberán ser impuestas por los tribunales de justicia u otro organismo competente de cada Estado miembro¹¹³, debiendo existir el debido respeto a las garantías procesales de cada Estado miembro y el derecho de la UE¹¹⁴. Los Estados miembros deberán informar cada año a la Comisión sobre las multas impuestas y de los litigios relacionados¹¹⁵.

En segundo lugar, también serán sujetos de multas administrativas las instituciones y organismos de la UE que tengan competencia conforme a La Ley en materias de IA, las cuales serán impuestas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos. Al igual que en el caso

¹⁰⁶ PARLAMENTO EUROPEO (2024) Artículo 99.1

¹⁰⁷ *Op. cit.* Artículo 99.2

¹⁰⁸ *Op. cit.* Artículo 99.3

¹⁰⁹ *Op. cit.* Artículo 99.4

¹¹⁰ *Op. cit.* Artículo 99.5

¹¹¹ *Op. cit.* Artículo 99.6

¹¹² *Op. cit.* Artículo 99.7

¹¹³ *Op. cit.* Artículo 99.9

¹¹⁴ *Op. cit.* Artículo 99.10

¹¹⁵ *Op. cit.* Artículo 99.11

anterior, también se fijan criterios para determinar la cuantía de la infracción, de similares características que los ya señalados¹¹⁶. Ahora bien, la cuantía de las sanciones en este caso disminuye, siendo de un máximo de un millón y medio de euros en caso de las prácticas prohibidas de IA¹¹⁷; y en los otros casos de hasta setecientos cincuenta mil euros¹¹⁸. Los montos que sean recaudados en virtud de estas sanciones administrativas contribuirán al presupuesto general de la UE¹¹⁹.

En tercer lugar, La Ley contempla la imposición de multas a los proveedores de modelos de IA de uso general, las cuales, en este caso, serán impuestas por la Comisión y cuya cuantía podrá ascender hasta el 3 % del volumen de negocios mundial total respecto al ejercicio financiero anterior o de quince millones de euros, si esta cifra es superior. Las conductas que la Comisión podrá sancionar son, en general, las infracciones a las normas de La Ley, particularmente a lo que se refiere a la no proporción de información o que la proporcionada sea inexacta, incompleta o engañosa; cuando no se hayan cumplido con las medidas solicitadas por la Comisión o cuando no se ha dado acceso a la Comisión al modelo de IA para su evaluación¹²⁰. En este caso, los criterios para imponer la multa son más exiguos y no contemplan expresamente para su determinación, la afectación a las personas y el daño sufrido por estas. Así, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y adecuación, deberá considerarse la naturaleza, gravedad y duración de la infracción¹²¹. La disposición agrega: “Las multas impuestas de conformidad con el presente artículo serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”¹²². Estas multas podrán ser revisadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²³.

Es interesante el abordaje que hace La Ley respecto a las sanciones en el sentido de que, si bien se destaca la imposición de altas multas, en ningún caso contempla la prohibición de funcionamiento del operador del sistema de IA que incurrió en la infracción o la supresión del sistema, dejando a salvo, entonces, la posibilidad de que se siga incurriendo en las mismas prácticas si le resulta más conveniente pagar la multa que dejar de incurrir en la infracción.

VI. LOS ACIERTOS, DESACIERTOS Y DESAFÍOS DE LA LEY

Desde la publicación del proyecto de ley de IA hasta el hoy, habiendo sido aprobado el texto definitivo, han surgido múltiples opiniones, críticas y valoraciones éticas¹²⁴ sobre los efectos que tendrá La Ley una vez que entre en vigencia. Por lo anterior, en esta sección mencionaremos algunos de sus aciertos, desaciertos y problemáticas que podrán suscitarse durante su implementación, lo cual tiene como objetivo dar lineamientos de análisis crítico al lector.

1. Los intereses detrás de la regulación

¹¹⁶ *Op. cit.* Artículo 100.1

¹¹⁷ *Op. cit.* Artículo 100.2

¹¹⁸ *Op. cit.* Artículo 100.3

¹¹⁹ *Op. cit.* Artículo 100.6

¹²⁰ *Op. cit.* Artículo 101.1

¹²¹ *Ibid*

¹²² *Op. cit.* Artículo 101.3

¹²³ *Op. cit.* Artículo 101.5

¹²⁴ En este sentido véase ANDERSON (2022).

Durante la tramitación de La Ley de IA, distintos actores (pequeñas, grandes empresas, consumidores, y defensores de derechos humanos) interesados en la regulación, ejercieron presión para que sus intereses particulares fueran recogidos en la regulación. Sin embargo, como es posible advertir, existe una clara desigualdad entre los recursos económicos utilizados por cada uno de estos grupos para influenciar de manera efectiva a los miembros encargados de la regulación, impactando en un mejor acceso a los políticos por parte de las grandes empresas de tecnología¹²⁵ quienes invierten cada año más de noventa y siete millones de euros para ejercer *lobby* en la Unión Europea, superando a las industrias farmacéuticas, de combustibles fósiles y de finanzas¹²⁶. En este escenario, los grandes ausentes fueron los representantes de la sociedad civil y los grupos que abogan por los derechos digitales¹²⁷.

Este contexto refleja con claridad que a pesar de que a simple vista La Ley pueda ser vista como exigente respecto a los operadores de sistemas de IA, en la práctica, con más o menos trámites burocráticos que hacer y documentos que llenar, siempre existirán formas que permitan a las grandes empresas desarrollar sistemas de IA, resultando como grandes afectados, en mayor medida, los ciudadanos y también, en menor medida, las empresas emergentes de tecnología quienes, con mayor dificultad que las grandes empresas, podrán hacer frente a los requisitos impuestos por La Ley. Resultando, así, que las grandes empresas, aprovechando sus posiciones arraigadas en el mercado, excluyan o absorban a los potenciales competidores, existiendo un daño a largo plazo para la innovación y los consumidores¹²⁸.

2. La calificación de sistema de alto riesgo en caso de las compañías de seguro

En línea con el comentario anterior, podemos ver otro de los grandes beneficiados en La Ley: las compañías de seguro. Como veíamos, a propósito de la revisión de los sistemas de IA de alto riesgo, uno de los ocho ámbitos que regula el anexo III se refiere al acceso de servicios privados, catalogando de alto riesgo en el numeral 5 letra c):

“Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de los seguros de vida y de salud”¹²⁹.

Consideramos injustificada su calificación como de alto riesgo y no como práctica prohibida, ya que la permisión de sistemas de IA a las compañías de seguro para evaluar riesgos y fijar precios aumentará el desequilibrio contractual ya existente entre las partes contratantes y, en definitiva, sí podría constituir en un caso concreto una afectación grave a la salud de una persona, quien, producto de los algoritmos aplicados, podría verse en la situación de no poder acceder a seguro de salud quedando desprovisto de cobertura.

3. La categorización del daño en los sistemas de IA prohibidos

¹²⁵ JONES (2023).

¹²⁶ KLOVIG (2021).

¹²⁷ JONES n. 117.

¹²⁸ FRANCK & PEITZ (2023).

¹²⁹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) anexo III. Artículo 5 letra c)

En cuanto al requisito del daño que debe concurrir para que un sistema de IA que utilice técnicas deliberadamente manipuladoras del comportamiento –en los términos del art. 5 letra a)– sea considerado de alto riesgo, consideramos –en parte– un acierto la modificación recogida en el texto aprobado respecto al proyecto de ley original.

Así, en el proyecto de ley se establecía la prohibición de sistemas de IA:

“[...] que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra”¹³⁰.

En cambio, en el texto aprobado figura la siguiente redacción:

“[...] un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un grupo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de un modo que provoque, o sea probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un grupo de personas”¹³¹.

Centrándonos solo en el elemento “daño”, en el texto aprobado se establece como requisito que aquellas situaciones ocasionen un daño a una persona o a un grupo de personas, a diferencia del proyecto original, que se refería solo al daño que pudiera sufrir una persona individual, sin mencionar la procedencia del daño colectivo. Esta exclusión al daño colectivo fue bastante criticada, ya que podía ocasionar lagunas legales¹³².

Sin embargo, esta modificación, a nuestro juicio, resulta problemática en el sentido de que el texto aprobado, a diferencia de su correlativo original, exige que el daño o perjuicio sea “considerable”, elevando bastante las exigencias para su procedencia. En el considerando 29.º encontramos ciertos criterios para su determinación, entendiendo por perjuicio considerable aquel que tenga: “[...] efectos adversos suficientemente importantes en la salud física o mental o en los intereses financieros”¹³³. Resulta claro que la calificación de “considerable” junto con restringir su procedencia, abre nuevas opciones de lagunas legales, permitiendo al operador eludir la normativa.

4 Sistemas biométricos

Bastante revuelo han generado los sistemas de identificación biométricos, estando en algunos casos prohibidos y en otros casos considerados como sistemas de alto riesgo, como ya revisamos en las secciones anteriores. En este sentido, resulta interesante el análisis realizado por Michael Veale y Frederik Zuiderveen quienes critican que la prohibición respecto a estos sistemas

¹³⁰ COMISIÓN EUROPEA (2021) Artículo 5 letra a).

¹³¹ PARLAMENTO EUROPEO (2024) Artículo 5 letra a)

¹³² VEALE & ZUIDERVEEN (2021).

¹³³ PARLAMENTO EUROPEO (2024) Considerando 29

biométricos no impide que vendedores establecidos en la UE distribuyan esos sistemas en países fuera de la UE como de facto ocurre con empresas de la UE que venden *softwares* de reconocimiento facial a China. Por otro lado, la prohibición o consideración de alto riesgo de sistemas biométricos solo se refiere a aquellos que sean “en tiempo real”, excluyendo aquellos “en tiempo diferido”, lo que permitirá la utilización cuando sea *ex post*¹³⁴,

En definitiva, la prohibición o calificación de alto riesgo respectiva recae en una cuestión temporal, no considera que estos sistemas, en la práctica (sea en tiempo real o diferido), podrían constituir una vulneración a los derechos fundamentales, especialmente en lo relativo al resguardo de la intimidad y la libertad de las personas. Permitiendo, así, su uso legítimo –en tiempo diferido– lo que también es una forma de control social por parte de la autoridad.

5. La exclusión del ámbito de aplicación de La Ley a los sistemas de IA con fines científicos y actividades personales no profesionales

Tal como veíamos en la sección II, el art. 2 excluye del ámbito de aplicación de La Ley en los numerales 6 y 10 a los sistemas de IA que sean desarrollados con la finalidad de investigación y desarrollo científicos; y aquellos que se utilicen en el ejercicio de una actividad personal de carácter no profesional, respectivamente. Esto llama la atención, ya que ni en el articulado ni en los considerandos de La Ley ofrece una mayor justificación de por qué estos actos quedan excluidos.

En cuanto a las investigaciones científicas, si bien el preámbulo de La Ley hace alusión a que deben “llevarse a cabo de conformidad con normas éticas y profesionales reconocidas para la investigación científica y con el Derecho aplicable de la Unión”¹³⁵ creemos que dada la potencial afectación a la salud o a los derechos fundamentales de la personas que podrían surgir a partir de la utilización de sistemas de IA en este ámbito, no debieran encontrarse excluidos del ámbito de aplicación de La Ley y, al menos, debieran contemplarse obligaciones de registro y transparencia. De lo contrario, por ejemplo, una industria farmacéutica aduciendo fines científicos bien podría utilizar sistemas de IA –de mayor o menor riesgo– de los cuales ni si quiera tendríamos conocimiento, pudiendo resultar en ciertos casos una trasgresión a los derechos fundamentales.

Más curioso aún resulta la exclusión de un operador de un sistema de IA cuando lo realiza con fines personales, no profesionales, porque esto abre una discrecionalidad absoluta al operador, quien estaría legítimamente autorizado para desarrollar y utilizar sistemas de IA para su uso personal, sin tener que cumplir obligación alguna, pudiendo en forma válida–en el ejercicio de dichos fines afectar la salud, seguridad o derechos fundamentales.

Se podría cuestionar la exclusión de los fines puramente militares, al menos dicha excepción se encuentra justificada tal como lo indica La Ley en:

“el artículo 4, apartado 2, del TUE como por las especificidades de la política de defensa de los Estados miembros y de la política común de defensa de la Unión a que se refiere el título V, capítulo 2, del TUE, que están sujetas al Derecho internacional público que, por lo tanto, es el marco jurídico más adecuado para la

¹³⁴ VEALE & ZUIDERVEEN n. 124.

¹³⁵ PARLAMENTO EUROPEO (2024) Considerando 15

regulación de los sistemas de IA en el contexto del uso de la fuerza letal y de otros sistemas de IA en el contexto de las actividades militares y de defensa”¹³⁶.

Sin embargo, respecto a los dos criterios anteriores, La Ley omite mayor justificación.

Estos cinco aspectos como muchos otros son elementos relevantes de discusión en los cuales hay que poner especial atención en La Ley, de cuya redacción se visualizan y es posible identificar distintos vacíos legales que permitirán a los operadores de sistemas de IA “saltarse” La Ley, pudiendo ocasionar al margen de las autoridades infracciones que afecten los derechos fundamentales, la salud y la seguridad de las personas.

REFLEXIONES FINALES

Este artículo propuso sistematizar algunos de los principales aspectos regulatorios de La Ley de IA de la UE y dar algunos elementos de análisis al lector para que cuestione y profundice su contenido.

La Ley de IA, sin duda, impactará e influenciará las futuras regulaciones que adopten distintos países que se encuentran fuera de la Unión Europea cuando decidan regular sobre la materia. Por lo anterior, es trascendental que esta Ley sea revisada, estudiada y analizada reflexivamente, para que a la hora de aprobar una ley nacional sobre inteligencia artificial no se decida simplemente implementar un *copy paste* sin mirar las externalidades negativas que podrían surgir.

Muestra de lo anterior es que en nuestro país el *Boletín* 15869-19 de 24 de abril de 2023, que “Regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de aplicación” lamentablemente es un proyecto que resume y copia sucintamente, sin mayor reflexión, el proyecto de Ley de IA de la UE, con la única particularidad que contempla en ciertos casos penas privativas de libertad. Si bien el objetivo de este artículo no recayó en su análisis, precisamente este tipo de iniciativas hace efectivo el temor de estos autores de que, en definitiva, para entrar a la carrera de la regulación de la IA se busque implementar en un país la legislación extranjera sin efectuar de forma previa un análisis propio, de riesgos y beneficios en la materia.

Ahora bien, en cuanto al contenido de La Ley de IA de la UE, si bien el legislador es insistente en indicar que tiene como finalidad, entre otras, proteger la salud, seguridad y derechos fundamentales de las personas, si consideramos ciertas aplicaciones prácticas de La Ley, en definitiva, esta motivación y fundamentación se reduce a una declaración de principios más que a un límite real y efectivo.

A estas alturas, es difícil anticipar los efectos prácticos que tendrá La Ley una vez que esta entre en vigencia. Si bien no se puede desconocer que detrás del texto aprobado existió una serie de declaraciones, reflexiones, consultas y estudios previos, tampoco se puede olvidar que, por naturaleza, la Unión Europea es una asociación no solo política, sino que, también, económica, cuya motivación para iniciar todo el proceso de regulación fue precisamente la búsqueda de nuevos mercados, y que los intereses de las grandes empresas fueron recogidos de una u otra manera en La Ley.

¹³⁶ *Op.Cit.* Considerando 24

En ese contexto y siendo la inteligencia artificial una industria millonaria, los ciudadanos, quienes somos el sujeto pasivo de las nuevas tecnologías y en muchas ocasiones no hay otra alternativa más que “aceptar los términos y condiciones” (aun cuando no esté muy claro lo que ello significa) quedamos a la merced de una industria que, legítimamente, no tiene su foco en la protección de los derechos fundamentales, la cual, al amparo de una legislación vigente, podrá desarrollar con mayor o menores exigencias, sistemas de IA que transformarán en forma irreversible la sociedad, potencialmente afectando nuestras garantías constitucionales.

Finalmente, creemos relevante el papel que la academia puede cumplir en el análisis crítico de esta Ley. Así, desde una perspectiva técnica, alejada de intereses económicos, se puede ofrecer una visión más objetiva, planteando cuestionamientos y problemáticas específicas que puedan surgir, identificando los potenciales conflictos entre la protección de la innovación y desarrollo de nuevas tecnologías con el resguardo y garantía de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, Marc (2022): “Some ethical reflections on the UE AI Act. Available in https://ceur-ws.org/Vol-3221/IAIL_paper5.pdf [fecha de consulta: 18 de abril de 2024].

ENGLER, Alex (2022): “The EU AI Act Will Have Global Impact, but a Limited Brussels Effect”. Available in www.brookings.edu/research/the-eu-ai-act-will-have-global-impact-but-a-limited-brussels-effect/ [fecha de consulta: 18 de abril de 2024].

EDWARDS, Lilian (2022): Regulating AI in Europe: four problems and four solutions. Available in www.adalovelaceinstitute.org/wp-content/uploads/2022/03/Expert-opinion-Lilian-Edwards-Regulating-AI-in-Europe.pdf [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

FATF (2021): “Guidance on Risk-Based Supervision”. Available in www.fatf-gafi.org/publications/documents/Guidance-RBA-Supervision.html [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].

FRANCK, Jens-Uwe & PEITZ, Martin (2023): “Market power of digital platforms”, *Oxford Review of Economic Policy* vol. 39 Issue 1 (Spring): pp. 34-46.

GARCÍA, SARA (2022): “Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79.

GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL (2019): “Directrices éticas para una IA fiable”. Disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078> [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (2019): “Policy and investment recommendations for trustworthy AI”. Available in [Policy and investment recommendations for](#)

[trustworthy Artificial Intelligence | Shaping Europe's digital future \(europa.eu\)](#) [fecha de consulta: 15 de abril de 2024].

JONES, EMILY (2023): “Digital disruption: artificial intelligence and international trade policy”, Oxford Review of Economic Policy, vol. 39: pp. 70-84.

KLOVIG SKELTON, Sebastian (2021): “Tech Sector Spends Nearly €100m a Year Lobbying the EU”. Available in www.computerweekly.com/news/252506086/Tech-sector-spends-near-ly-100m-a-year-lobbying-the-EU [fecha de consulta: 18 de abril de 2024].

PAVLIDIS, Georgios (2024): “Unlocking the black box: analysing the EU artificial intelligence act's framework for explainability in AI”, Law, Innovation and Technology, vol. 16 Issue 1: pp. 293-308.

SMUHA, NATHALI (2021): “From a ‘race to ai’ to a ‘race to ai regulation’: regulatory competition for artificial intelligence”, Law, Innovation & Technology vol. 13 Issue 1.

THELISSON, Eva; VERMA, Himanshu (2024): “Conformity assessment under the EU AI act general approach”, AI Ethics 4: pp. 113-121.

VEALE, Michael & ZUIDERVEEN, Frederik (2021): “Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act”, Computer Law Review International vol. 22 No. 4: pp. 97-112.

Documentos

Boletín 15869-19 de 24 de abril de 2023, Proyecto de Ley que ‘Regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de aplicación’ Disponible en

<https://www.camara.cl/verDOC.aspx?prmID=72777&prmTipo=FICHAPARLAMENTARIA&prmFICHATIPO=DIP&prmLOCAL=0> [fecha de consulta: 19 de abril de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2018a): “Comunicación de la Comisión. Inteligencia artificial para Europa”. COM (2018) 237 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN> [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2018b): “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan coordinado sobre la inteligencia artificial”. COM(2018) 795. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795> [fecha de consulta: 14 de abril de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2020): Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. Disponible en https://commission.europa.eu/document/download/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_es?filename=commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf [fecha de consulta: 31 de marzo].

COMISIÓN EUROPEA (2021): “Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”. COM (2021) 206 final. 2021/0106 (COD). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF [fecha de consulta: 31 de marzo de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2024a): Ley sobre Inteligencia Artificial. Disponible en <https://artificialintelligenceact.eu/es/ai-act-explorer/> [fecha de consulta: 25 de marzo de 2024].

COMISIÓN EUROPEA (2024b): Decisión de la Comisión, por la que se crea la Oficina Europea de Inteligencia Artificial (C/2024/1459). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/C/2024/1459/oj> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

CONSEJO EUROPEO (2017) “Reunión del Consejo Europeo (19 de octubre de 2017)” Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/media/21604/19-euco-final-conclusions-es.pdf> [fecha de consulta: 14 de abril de 2024]

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2019) “Recommendation of the Council on Artificial Intelligence” Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449> [fecha de consulta: 13 de abril de 2024]

PARLAMENTO EUROPEO (2023): “INFORME sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”. Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188_ES.html [fecha de consulta: 13 de abril de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO (2024): Reglamento de Inteligencia Artificial. P9_TA(2024)0138. Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf [fecha de consulta: 31 de marzo de 2024].

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2019): “Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la Directiva 2004/42/CE y los Reglamentos (CE) n.º 765/2008 y (UE) n.º 305/2011”. Disponible en <https://eur->

lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019R1020 [fecha de consulta: 25 de marzo de 2024].

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E A AMÉRICA DO SUL: UMA REFLEXÃO SOBRE A CAPACIDADE DE GOVERNANÇA REGIONAL

ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) AND SOUTH AMERICA: A REFLECTION ON REGIONAL GOVERNANCE CAPACITY

INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y AMERICA DEL SUR: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA CAPACIDAD DE GOBERNANZA REGIONAL

Giuliani Silva Barbosa de Freitas¹³⁷

Resumo: O desenvolvimento tecnológico proporcionou o surgimento de sistemas e ferramentas que contribuem, direta ou indiretamente, para o desenvolvimento econômico e social da humanidade, a exemplo da inteligência artificial (IA). A rápida evolução dessa tecnologia tem dificultado a gestão dos riscos de segurança e de mercado, além de contribuir para o aumento das desigualdades no mundo. Esta análise explora o relatório sobre governança global da IA da Organização das Nações Unidas (ONU); a experiência da regulamentação no bloco econômico da União Europeia; a estrutura de governança do Mercado Comum do Sul (Mercosul); e os dados do Índice latino-americano da IA (ILIA), desenvolvido pelo Centro Nacional de IA (CENIA) do Chile. O objetivo do artigo é analisar a capacidade das instituições do Mercosul de assumir a governança da IA na América do Sul, bem como identificar os desafios e oportunidades para uma convergência regional, como alternativa para a mitigação dos riscos de representatividade, coordenação e implementação da tecnologia.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. América do Sul. Mercosul. Governança regional.

Resumen: El desarrollo tecnológico ha propiciado el surgimiento de sistemas y herramientas que contribuyen, directa o indirectamente, al desarrollo económico y social de la humanidad, como la inteligencia artificial (IA). La velocidad de evolución de esta tecnología ha dificultado la gestión de los riesgos de seguridad y marketing, además de promover un aumento de las desigualdades en el mundo. Este análisis explora el Informe global sobre la gobernanza de la IA de las Naciones Unidas (ONU); la experiencia de regulación en el bloque económico de la Unión Europea; la estructura de gobernanza del Mercado Común del Sur (Mercosur); y datos del Índice Latinoamericano de IA (ILIA), desarrollado por el Centro Nacional de IA (CENIA) de Chile. El objetivo del artículo es analizar la capacidad de las instituciones del Mercosur para asumir la gobernanza de la IA en América del Sur, así como identificar los desafíos y

¹³⁷ Mestranda em Ciência Política pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, Brasil. Especialista em Relações Internacionais e em Assessoria Política, Governo e Políticas Públicas pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: giuliani.freitas@gmail.com.

oportunidades de convergência regional, como uma alternativa para mitigar los riesgos de representación, coordinación e implementación de la tecnología.

Palabras clave: Inteligencia Artificial. América del Sur. Mercosur. Gobernanza regional.

Abstract: Technological development has led to the emergence of systems and tools that contribute, directly or indirectly, to the economic and social development of humanity, such as artificial intelligence (AI). The speed of evolution of this technology has made it difficult to manage security and marketing risks, as well as promoting an increase in inequalities in the world. This analysis explores the United Nations (UN) Global AI Governance Report; the experience of regulation in the European Union economic bloc; the governance structure of the Southern Common Market (Mercosur); and data from the Latin American AI Index (ILIA), developed by the National AI Center (CENIA) of Chile. The objective of the article is to analyze the capacity of Mercosur institutions to assume AI governance in South America, as well as identify the challenges and opportunities for regional convergence, as an alternative to mitigating the risks of representation, coordination and implementation of the technology.

Keywords: Artificial Intelligence. South America. Mercosur. Regional governance.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico proporcionou o surgimento de sistemas, ferramentas e recursos que aceleraram o processo de inovação no mundo, contribuindo, direta e indiretamente, para o desenvolvimento econômico e social da humanidade. No entanto, a velocidade do processo evolutivo tem dificultado o mapeamento dos riscos de segurança e de mercado, bem como contribuído para o aumento das desigualdades no mundo, com efeitos geopolíticos e geoeconômicos.

Em setembro de 2024, o Órgão Consultivo de Alto Nível sobre Inteligência Artificial da Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou o relatório final sobre “Governança da Inteligência Artificial para a Humanidade”. O estudo reforça a importância de uma abordagem global para o tema e aponta os déficits de regulações e instituições capazes de gerir a inteligência artificial.

Em seu relatório, a ONU reitera a importância da IA e o potencial para o mundo, mas destaca os desafios da fragmentação das ações e das forças de mercado no processo da convergência global.

Dentre as iniciativas de governança e regulação da inteligência artificial no mundo, destaca-se o avanço das tratativas da União Europeia. Em maio de 2024, o Conselho Europeu

aprovou a Lei da Inteligência Artificial da União Europeia, a ser aplicada nos 27 países que compõem o bloco.

Ainda que haja desafios para uma governança global da IA, a iniciativa da União Europeia procura mitigar os riscos de representatividade, coordenação e implementação abordados no relatório da ONU, ainda que no âmbito regional.

Partindo do pressuposto da importância da governança regional da inteligência artificial, o presente artigo possui o objetivo de analisar a capacidade de governança da IA na América do Sul, em especial, pelas instituições do Mercado Comum do Sul (Mercosul).

Desde seu estabelecimento, o Mercosul possui o objetivo de contribuir com a livre circulação de mercadorias e serviços; com a coordenação de políticas econômicas e setoriais; e com a harmonização das legislações que contribuam com o processo de integração. Logo, trata-se da instituição da América do Sul mais convergente com os propósitos do bloco da União Europeia.

A metodologia adotada pelo artigo é a análise documental e a revisão da literatura, destacando o relatório sobre governança global da ONU, a experiência da regulamentação da IA na União Europeia, os dados do Índice Latino-americano de IA (ILIA) desenvolvido no Chile, bem como a estrutura de governança do Mercosul e suas instituições.

I. RELATÓRIO DA ONU SOBRE GOVERNANÇA DA IA NO MUNDO

A necessidade de uma governança global da IA foi uma preocupação levantada pela ONU. Em setembro de 2024, o Órgão Consultivo de Alto Nível sobre IA apresentou o relatório intitulado “Governança da Inteligência Artificial para a Humanidade”.

A ONU justifica a necessidade da governança global pela natureza transfronteiriça da tecnologia, cujos minerais críticos e dados de treinamento são obtidos globalmente, e cuja estrutura e aplicação não possuem fronteiras. Além disso, os efeitos negativos da tecnologia também tendem a ser globais.

A partir da iniciativa da publicação do relatório sobre a governança global da IA, a ONU procurou contribuir com 5 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), que são: Trabalho Decente e Desenvolvimento Econômico (ODS 8); Indústria, Inovação e Infraestrutura (ODS 9); Redução das Desigualdades (ODS 10); Paz, Justiça e Instituições Eficazes (ODS 16); e Parcerias e Meios de Implementação (ODS 17).

Apesar da indicação de alguns ODS relacionados para justificar a iniciativa do relatório, é importante reiterar que a IA tem efeitos transversais, com impactos em áreas como saúde, educação e agricultura, por isso não podemos desconsiderar os demais ODS.

O relatório da ONU apresenta 7 recomendações para a governança global, estruturadas em entendimento comum, base comum, benefícios compartilhados e esforços coerentes.

A primeira recomendação sugerida pela ONU é a criação de um painel científico internacional e independente, composto por especialistas voluntários, cuja responsabilidade seria a emissão de relatórios e pesquisas indicando riscos, tendências e questões emergentes de interesse público. Esta recomendação está relacionada ao entendimento comum do relatório.

A segunda recomendação seria a realização de diálogo político intergovernamental e multissetorial, com o objetivo de compartilhar melhores práticas e incidentes que ultrapassem a capacidade estatal; promover entendimentos comuns sobre a implementação de medidas para os setores público e privado; e debater os relatórios do painel científico.

A terceira proposta seria um intercâmbio de padrões de IA com a participação de empresas de tecnologias, sociedade civil, representantes de organizações nacionais e internacionais de desenvolvimento de padrões, com o objetivo de desenvolver, debater e avaliar padrões e processos. A segunda e a terceira recomendação estão vinculadas à base comum do relatório.

A quarta recomendação seria a criação de uma rede de desenvolvimento de capacidades para conectar os atores-chave, visando catalisar e alinhar os esforços globais e regionais, capacitar funcionários públicos e disponibilizar equipamentos e recursos humanos.

A quinta recomendação seria a criação de um fundo global para redução das desigualdades no campo da IA, gerido por uma instituição independente a partir de doações financeiras de fontes públicas e privadas. O fundo proporcionaria recursos computacionais, ferramentas de teste para desenvolvimento de governança de dados, soluções de governança, repositório de modelos de IA curados para os ODS, dentre outros.

A sexta recomendação propõe a criação de uma estrutura global de dados para a IA, desenvolvida por uma agência com a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, e composta por outras organizações internacionais.

A estrutura proposta pela sexta recomendação definiria padrões e princípios para dados de treinamento da IA; estabeleceria responsabilidades e direitos de acordo as diferentes jurisdições; e instituiria mecanismos de trocas de dados. A quarta, quinta e sexta recomendações estão vinculadas aos benefícios compartilhados do relatório da ONU.

A sétima e última recomendação seria a criação de um escritório da IA no Secretariado da ONU, de modo que aproveite as capacidades das demais entidades da ONU. O escritório seria responsável pelo apoio ao painel científico internacional, pela comunicação com os diversos stakeholders sobre questões emergentes da IA, e pelo aconselhamento ao Secretário-Geral. A sétima recomendação está relacionada aos esforços coerentes apresentados no relatório.

O relatório “Governança da Inteligência Artificial para a Humanidade” reconhece a existência de centenas de documentos com princípios e recomendações adotados por governos, empresas e organizações internacionais e regionais, no entanto, levanta os riscos de representatividade, coordenação e implementação, dado que nenhum desses documentos possui uma abordagem global.

Em termos de representatividade, o relatório aponta que países não participaram de discussões sobre governança da IA. Em termos de coordenação, as lacunas entre iniciativas e instituições podem dividir o mundo em sistemas incompatíveis e desconectados. E quanto à implementação, os compromissos estabelecidos precisam gerar resultados.

II. REGULAMENTAÇÃO E GOVERNANÇA DA IA NA UNIÃO EUROPEIA

Ainda que o cenário ideal de governança da IA seja global, é importante reconhecer os desafios para a adoção de uma estrutura eficiente que abranja os 193 países que integram a ONU. Observando os avanços da governança da IA no mundo, a União Europeia apresenta-se como pioneira no processo de estabelecimento de uma governança regional.

Sob a execução da Comissão Europeia, a União Europeia aprovou o “Regulamento da Inteligência Artificial” em maio de 2024, tornando-se referência para o mundo, assim como ocorreu com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

O processo de amadurecimento da política na Europa passou por desafios relacionados ao conceito e à flexibilidade para acompanhamento das evoluções, com riscos à segurança jurídica, conforme descrito por Sousa (2023, p.7):

“O conceito de Inteligência Artificial tem sido objeto de enorme discussão, na medida em que procura conjugar dois elementos de difícil conciliação: por um lado, encontrar um conceito preciso e inequívoco de modo a assegurar a segurança jurídica, mas, por outro lado, ser suficientemente flexível para se adaptar a futuras evoluções tecnológicas. Compreende-se, assim, que a definição constante da proposta original tenha vindo a sofrer várias modificações e emendas. As notícias sobre a discussão em torno do conceito apontam para que no Regulamento venha a seguir-se um conceito de sistema IA próximo daquilo que tem vindo a ser defendido pela OCDE, entendido

como “um sistema de aprendizagem concebido para atuar com diversos níveis de autonomia, capaz de gerar, para determinados fins, explícitos ou implícitos, resultados como previsões, recomendações ou decisões aptas a influenciar ambientes físicos ou virtuais”.

A abordagem adotada no regulamento é a do risco, ou seja, quanto maior for o risco para a sociedade, mais rigorosas serão as regras, classificadas em: mínimo, limitado, elevado e inaceitável. Em seu nível mínimo, não há regulamentação; e em níveis elevado e inaceitável, estarão sujeitos a obrigações e proibições, respectivamente.

O artigo de Sousa (2022, p.193) sobre IA retrata o papel do Direito no tratamento dos riscos:

O mundo jurídico foi criando mecanismos para lidar com o risco, previsível e imprevisível, seja distribuindo responsabilidades, criando estruturas de internalização dos riscos ou, em casos de incerteza científica, implementando medidas, obrigações e proibições, ao abrigo de um princípio de precaução – deveres necessariamente atualizáveis e passíveis de revisão à medida que se tornam mais conhecidos.

A regulamentação da IA na União Europeia é resultado de amplo debate realizado nos últimos anos, com destaque às propostas apresentadas pelos cidadãos na Conferência sobre o Futuro da Europa, realizado em 2022. Dentre os pontos de destaque, reforço da competitividade em setores estratégicos, luta contra a desinformação, promoção da inovação digital responsável, e melhoria do acesso aos recursos da IA incluindo as pessoas com deficiência.

O Regulamento da IA na União Europeia está dividido em capítulos, que são disposições gerais, práticas proibidas, sistemas de alto risco, obrigações de transparência, modelos gerais, medidas de suporte à inovação, governança, dentre outros. O ato se aplicará como um todo a partir de 2026, mas as disposições gerais e práticas proibidas se aplicam a partir de fevereiro de 2025. A governança e penalidades, por exemplo, entrarão em vigor a partir de agosto de 2025.

Ainda que o “Regulamento da Inteligência Artificial” da União Europeia represente um avanço significativo em comparação às demais regiões, observa-se que a governança está em processo de construção, a exemplo do estabelecimento do Gabinete da Inteligência Artificial (*AI Office*) que será responsável pela garantia do cumprimento das regras.

III. ÍNDICE LATINO-AMERICANO DE IA (ILIA)

A partir das perspectivas econômica, política e social, pode-se afirmar que a evolução da inteligência artificial na América do Sul ocorre em ritmo diferente quando comparada aos países europeus.

No sentido de monitorar o progresso da IA na América Latina, o Centro Nacional de Inteligência Artificial (CENIA) do Chile desenvolveu o Índice Latino-americano de IA (ILIA) em 2023.

O ILIA abrange 19 países da América do Sul e do Caribe e, devido à sua amplitude geográfica, desenvolveu metodologia para agrupar os países de acordo com o nível de maturidade alcançado nas dimensões dos fatores habilitadores; pesquisa; desenvolvimento e adoção; e governança. O Índice divide os países em três categorias: pioneiros, adotantes e exploradores.

Os pioneiros são os países que se destacam pelos esforços nos campos da infraestrutura tecnológica, desenvolvimento de pessoas, produção científica e capacidade de inovação. Esse grupo também está direcionando sua estratégia para a consolidação e expansão das tecnologias em todos os setores da economia e da sociedade.

Os países adotantes utilizam a tecnologia nos setores produtivos, serviços públicos e administrações, mas de modo incipiente, por isso não integram a liderança. Esse grupo avança no campo da pesquisa, mas em escala abaixo dos países pioneiros. Estão desenvolvendo estratégias direcionadas às políticas de promoção da IA.

Os exploradores são os países que estão no processo de sondagem da IA e desenvolvimento das capacidades iniciais. O uso ainda é limitado e carece de comunidades de pesquisas mais maduras.

O Índice Latino-americano de IA (ILIA) de 2024 apresentou a pontuação obtida pelos países, a partir de metodologia que avalia cada ecossistema. Ao analisar o resultado, observa-se que Chile, Brasil e Uruguai despontam na região com pontuação 73, 69 e 64, respectivamente.

No bloco intermediário do ILIA 2024, estão Argentina, Colômbia, México, República Dominicana, Peru, Costa Rica, Panamá e Equador, com pontuação que varia entre 55 e 34. A variação da pontuação reflete a diferença em nível de maturidade das discussões e de infraestrutura de cada país.

Dentre os países caracterizados como exploradores no ILIA 2024, estão Jamaica, Venezuela, Paraguai, Cuba, Bolívia, Guatemala, El Salvador e Honduras, com pontuação entre 32 e 23. A variação de pontos desse bloco é menor, indicando nível similar de incipiência.

O Índice Latino-americano de IA (ILIA) de 2024 evidencia as assimetrias existentes na América Latina, que se apresentam como um desafio para o estabelecimento da governança regional da IA.

Para comparar a experiência de regulamentação e governança da União Europeia apresentada no bloco anterior, o Mercado Comum do Sul (Mercosul) seria a instituição equivalente na América do Sul.

IV. MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL)

O Mercosul foi estabelecido a partir do Tratado de Assunção, assinado pelos mandatários de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai no ano de 1991. O Brasil internalizou o Tratado a partir do Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991.

Os objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção previam a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos; o estabelecimento de uma tarifa externa e uma política comercial comuns; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais; e o compromisso de harmonizar legislações para o fortalecimento do processo de integração (Lima; Prado, 2022).

Um marco relevante para o Mercosul foi o Protocolo de Ouro Preto, firmado em dezembro de 1994. O artigo 1 do Protocolo estabeleceu a Estrutura Institucional do Mercosul e os órgãos com capacidade decisória, que são: o Conselho do Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM).

O Conselho do Mercado Comum (CMC) é o órgão superior responsável pela condução política do processo de integração e pela garantia do cumprimento dos objetivos estabelecidos no Tratado de Assunção. O Conselho reúne-se ao menos uma vez por semestre com a participação dos Presidentes dos países que integram o bloco. O Conselho conta com órgãos como a Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul, Reuniões de Ministros e Grupos de Alto Nível e outros.

O Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão executivo composto por quatro membros titulares e alternos designados pelos países, dentre os quais representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia e dos Bancos Centrais. As reuniões do GMC ocorrem uma vez por trimestre nos Estados Partes de forma alternada.

A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) é o órgão responsável por assistir o Grupo Mercado Comum (GMC), velando pela aplicação dos instrumentos da política comercial. A Comissão é integrada por quatro membros titulares e quatro membros alternos de cada Estado Parte, reunindo-se uma vez por mês. A CCM é assistida por comitês técnicos.

De acordo com Leite Garcia (2023), o Tratado de Assunção especificou que o objetivo de integração regional seria promover a ampliação dos mercados nacionais, acelerar o desenvolvimento econômico e a justiça social, baseando-se nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio. Desde sua concepção, o Mercosul optou pela integração intergovernamental priorizando o comércio, de modo que as decisões seriam tomadas pelo Poder Executivo dos países. Com o passar do tempo, a estrutura do bloco ampliou as negociações para dimensões como educação, políticas sociais, transporte, agricultura, tecnologia, dentro outros.

Ao analisar o papel do Mercosul, Saraiva (2013) reforça a ideia de que o bloco assumiu um papel distinto de integração comercial isolada, incorporando outras dimensões e prioridades sociais e políticas, aproximando-se de um regionalismo político-social.

Motta Veiga e Rios (2007) também evidencia as assimetrias existentes em iniciativas de integração sul-americana, a exemplo do próprio Mercosul, bem como a necessidade da inclusão do tema na agenda de integração. Além das assimetrias estruturais, há assimetrias relacionadas ao uso de instrumentos de políticas para fomento da competitividade, dos investimentos e das exportações.

Há autores como Neves (2016) que sugerem experiências que possam contribuir para as reflexões de melhorias no Mercosul, visando uma integração aberta e competitiva. Em seu artigo, Neves (2016) cita três experiências, dentre as quais a do PICE, do NAFTA e da União Europeia. A primeira seria a criação do Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE) entre Brasil e Argentina, que se baseava nos princípios de flexibilidade, gradualismo, simetria e equilíbrio dinâmico.

“A ‘Ata para a Integração Brasil-Argentina’, que criou o PICE, baseava-se em quatro princípios: o da flexibilidade, para permitir ajustamentos na velocidade e nos objetivos da integração entre os dois países; o do gradualismo, para avançar em etapas; o da simetria, para harmonizar as políticas específicas que interferem na competitividade setorial; e o do equilíbrio dinâmico, para propiciar uma integração setorial uniforme, sem acentuar eventuais desequilíbrios entre as partes.”

De acordo com Neves (2016), a segunda experiência seria o Acordo de Livre Comércio da América do Norte - NAFTA, reunindo EUA, Canadá e México. Segundo o autor, o NAFTA

proporcionou um significativo comércio entre os parceiros, com grau de liberdade para implementação de políticas econômicas internas e para estabelecimento de acordos de livre comércio com outros parceiros.

A terceira experiência a ser considerada na reflexão de mudança seria a separação da Grã-Bretanha da União Europeia. Segundo Neves (2016), esse exemplo ilustra o risco do acúmulo de problemas e do descontentamento.

A partir das experiências propostas, o autor entende que a solução para o impasse do Mercosul está no conjunto dos princípios da “Ata para a Integração Brasil – Argentina”, que deu origem ao PICE, ampliado com a cláusula de “reciprocidade”.

Logo, é possível afirmar que o Mercosul possui uma estrutura de governança adequada para abrigar temas tecnológicos, a exemplo da IA, no entanto, a instituição enfrenta diferenças políticas e assimetrias intrabloco que desafiam a aplicação da proposta.

V. DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA A CONVERGÊNCIA REGIONAL

A implementação de uma governança global para a IA mostra-se distante da realidade, por isso as reflexões sobre os desafios e as oportunidades para a convergência regional apresentam-se como uma via realista para a mitigação dos riscos da tecnologia a curto ou médio prazo.

Considerando os pontos apresentados nesse artigo, destacam-se países como Chile e Brasil, que possuem experiência e ecossistemas mais maduros na América do Sul. Essas experiências podem contribuir com os demais países no processo de minimização das assimetrias, bem como por meio do protagonismo do Brasil nas discussões do G20 e da COP 30.

Além disso, as recomendações da ONU para uma governança global podem contribuir com o processo de estruturação regional, de modo que possa se conectar com um ecossistema global no caso de sua viabilidade.

A proposta do relatório final da ONU posiciona o organismo com um conector do ecossistema internacional de governança da IA:

QUADRO 1 – PROPOSTA DO PAPEL DA ONU NO ECOSISTEMA

Entendimento Comum	Terreno Comum		Benefícios Comuns		
<i>Global Partnership on AI (GPAI)</i> <i>OCDE</i> <i>Iniciativas Regionais e Nacionais</i>	<i>AI Summits</i> <i>G20</i> <i>Organizações Regionais</i> <i>Conselho Europeu</i> <i>G7</i>	<i>Standards Developing Organization (SDO)</i>	<i>Iniciativas Regionais e Nacionais</i>		
Painel Científico Internacional	Diálogo de Governança	Intercâmbio de padrões	Rede de desenvolvimento de habilidades	Estrutura de dados de IA	Fundo Global para IA

ONU COMO CONECTOR

Fonte: Elaboração própria (ONU, 2024, p. 71)

A partir do relatório final da ONU, é possível identificar a importância de uma instituição regional assumir a governança da IA da América do Sul, ainda que a estrutura de ecossistema esteja em nível de discussão. A governança regional promoveria espaços para contribuir com a formação das políticas globais e obter os benefícios de desenvolvimento humano, de estrutura de dados e de acesso aos fundos globais que devem ser ofertados à medida que as estruturas regionais e nacionais amadureçam.

Na América do Sul, destaca-se o avanço das tratativas sobre IA no Chile, como apontado pelo ILIA de 2024. A experiência do Chile representa uma oportunidade para alavancar a integração regional na América Latina, em especial, a definição de sua estratégia nacional em 2021.

A Política Nacional de IA do Chile, apresentada pelo Ministério da Ciência, Conhecimento, Tecnologia e Inovação, considera o desenvolvimento de talentos, infraestrutura, problemas de dados, atenção às mudanças climáticas, cibersegurança, dentre outros. A Política foi atualizada em 2024, incluindo a governança e a ética; fomentando a colaboração entre academia e indústria para a discussão regulatória; e impulsionando pesquisas para aumentar a produtividade da IA. O Ministério de Ciência, Conhecimento, Tecnologia e Inovação é responsável pela supervisão e implementação da política.

Considerando que o Brasil é um dos países que integra o bloco econômico do Mercosul, e destaca-se pelo progresso da IA na América do Sul, importante também considerar sua experiência no processo de alavancagem da integração na região.

A Estratégia Brasileira de IA (EBIA) foi apresentada pelo Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovações em 2021. O EBIA possui como objetivo estabelecer marcos de governança, facilitar o intercâmbio de ferramentas e criar mecanismos e monitoramento. O Ministério é o coordenador das ações estabelecidas no EBIA.

O Brasil também lançou sua proposta de Plano Brasileiro de Inteligência Artificial (PBIA) em 30 de julho de 2024, na oportunidade da 5ª Conferência Nacional de Ciência e Tecnologia. O PBIA tem como objetivo promover inovações sustentáveis inclusivas; equipar o país com infraestrutura; desenvolver modelos de linguagem com dados nacionais; qualificar mão de obra; e promover o desenvolvimento tecnológico nacional e ações estratégicas de colaboração internacional, visando o protagonismo global do Brasil.

Além das experiências bem-sucedidas e avançadas do Brasil e do Chile, o Brasil possui a oportunidade de alavancar o tema em fóruns globais como o G20 e a COP30.

O Brasil assumiu a presidência do G20 em 1º de dezembro de 2023 pela primeira vez. Ao longo de 2024, foram realizadas centenas de reuniões oficiais, distribuídas em 21 grupos de trabalho, incluindo o Grupo de Trabalho de Economia Digital, que trata de conectividade, integridade da informação e inteligência artificial.

Em 2025, o estado Pará sediará a 30ª Conferência da ONU sobre Mudanças Climáticas (COP30). Assim como o G20, a COP também será uma oportunidade de o Brasil obter destaque no cenário internacional e impor agendas que exijam cooperação internacional. Considerando os benefícios da IA para o enfrentamento das mudanças climáticas, trata-se de oportunidade para discutir a temática.

Por outro lado, destacam-se alguns desafios para a convergência regional como as assimetrias econômicas e políticas - global e regional, bem como o enfraquecimento político do Mercosul e suas instituições.

Conforme notícia veiculada pelo portal GOV.BR em 7 de agosto de 2024¹³⁸, o Plano Brasileiro de Inteligência Artificial (Pbia) 2024 – 2028 foi lançado na 5ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, realizada em 30 de julho de 2024.

Em trechos da fala do presidente Lula publicados em matéria do G1¹³⁹, é possível extrair o destaque à representatividade do plano para o país, os desafios dos próximos passos e as críticas à atuação das *big techs*.

“...O que vocês fizeram hoje de me entregar um documento sobre uma inteligência artificial pensada pelos cientistas brasileiros é um marco para este país...”
“...Eu vou ter uma reunião com ministros para apresentar a proposta e, a partir daí, vamos tomar decisão para saber como vamos fazer essa coisa acontecer...”
“...No fundo no fundo, é a inteligência humana que pode aperfeiçoá-la, porque [a IA] nada mais é que a capacidade de fazer a coletânea de todos os dados e a gente tem as 'big techs' que fazem isso sem pedir licença, sem pagar imposto e ainda cobram dinheiro e ficam ricas por conta de divulgar coisas que não deveriam ser divulgadas”

A fala do Presidente da República aponta para a importância do estabelecimento de uma Política Nacional e para sua preocupação com o ambiente regulatório nacional, onde as grandes empresas tecnológicas possuem liberdade de atuação, em razão da ausência de um marco regulatório.

Na Argentina, as indicações do presidente Milei são de um ambiente de baixa regulação, com o intuito de atrair investimentos, promover a inovação e oferecer proteção contra os riscos regulatórios da Europa e dos Estados Unidos¹⁴⁰. Em entrevista ao Financial Times¹⁴¹, o chefe do conselho de assessores econômicos, Demian Reidel, afirmou que o governo argentino adotará baixas restrições em sua regulamentação.

A divergência ideológica entre Brasil e Argentina, principais países do Mercosul, indicam mais um desafio para a convergência regional por meio do bloco. Tal divergência é observada em outras discussões, justificando o enfraquecimento do Mercosul.

¹³⁸ Disponível em <https://www.gov.br/lncce/pt-br/assuntos/noticias/ultimas-noticias-1/plano-brasileiro-de-inteligencia-artificial-pbia-2024-2028>

¹³⁹ Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/07/30/lula-recebe-plano-brasileiro-de-inteligencia-artificial-em-cerimonia-em-brasilia.ghtml>

¹⁴⁰ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2024/06/11/milei-promete-regulamentacao-sem-restricoes-para-tornar-a-argentina-um-centro-global-de-ia.ghtml>

¹⁴¹ Disponível em: <https://exame.com/inteligencia-artificial/com-regulacao-branda-milei-diz-que-argentina-vai-se-tornar-polo-da-inteligencia-artificial/>

CONCLUSÃO

A partir das premissas isoladas de ampliação das negociações – além do comércio – e da estrutura organizacional do Mercosul, é possível considerar que o bloco, a exemplo da União Europeia, poderia assumir o papel de governança da IA na região, ainda que inicialmente na esfera do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai.

Ao analisar o posicionamento dos países que compõem o Mercosul no Índice Latino-americano de IA (ILIA) de 2024, é possível verificar que os países estão em diferentes categorias, e somente Brasil e Uruguai estão como pioneiros. A Argentina está posicionada como adotante, e o Paraguai no grupo dos países exploradores.

As evidências de assimetria entre os países da América Latina no ILIA, e replicadas entre os 4 países do Mercosul – Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai – impõem desafio para o bloco assumir o papel de agente de governança da IA na região. Além disso, é importante considerar a velocidade da evolução tecnológica e do risco do aumento das desigualdades na América Latina.

Ainda que os desafios na região desestimulem o diálogo para a construção de uma governança regional, as recomendações apresentadas no relatório “Governança da IA para a Humanidade” da ONU e a experiência da regulamentação da IA da União Europeia podem contribuir com o processo de estruturação de uma governança na América do Sul.

As oportunidades de aplicação em prol da sociedade e riscos inerentes à inteligência artificial, bem com a natureza transfronteiriça da tecnologia, reiteram a importância de identificação do agente de governança e, na América do Sul, o Mercosul é a instituição mais estruturada para assumir esse papel, mesmo que com o enfraquecimento representativo e políticos sofrido nos últimos anos.

É necessário que o diálogo sobre governança esteja além do bloco, incluindo países como o Chile, que se destacou como o primeiro país a publicar sua Política Nacional de Inteligência Artificial no ano de 2021. Os avanços no Chile passam pela criação do Centro Nacional de Inteligência Artificial (CENIA), implementação de Redes 5G, criação do primeiro doutorado em IA da América Latina, dentre outros, que justificam o primeiro lugar no ILIA 2024.

O Brasil também possui um papel importante na construção da governança regional, não somente como membro do Mercosul, mas como presidente do G20 em 2024, e como país-sede da 30ª Conferência das Partes sobre Mudança Climática (COP30) em 2025, considerando os benefícios da IA no enfrentamento dos efeitos das mudanças climáticas.

A reflexão sobre os desafios e as oportunidades proposta nesse artigo não pretende ser exaustiva. A partir dessa análise, observou-se que o relatório da ONU é uma iniciativa importante, ainda que careça de características da América do Sul. Do mesmo modo, a experiência da União Europeia e seu rigor regulatório pode não ser o melhor formato para os países latinos.

Para além da reflexão, é importante ter atenção às janelas de oportunidade de integração e cooperação técnico-financeira na América do Sul - em ambiente econômico e político de constantes mudanças, visando a mitigação dos riscos de representatividade, coordenação e implementação da inteligência artificial na região.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. Artificial Intelligence in the economic sector: prevention and responsibility. Coimbra, 2021.

ESTRATÉGIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. BRASIL, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf Acesso em 02 de novembro de 2024;

GOVERNANÇA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA A HUMANIDADE. ONU, 2024. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/279185-governan%C3%A7a-da-intelig%C3%A7%C3%A3o-artificial-para-humanidade> Acesso em 13 de outubro de 2024.

ÍNDICE LATINOAMERICANO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. CENIA, 2024. Disponível em: https://indicelatam.cl/wp-content/uploads/2024/10/ILIA_2024.pdf Acesso em 13 de outubro de 2024.

LEITE GARCIA, Tatiana de Souza. Política ambiental no Mercosul e mudanças climáticas em suas negociações. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 2023. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632023000100111&lang=pt Acesso em 13 de outubro de 2024.

LIMA, José Alfredo Graça; PRADO, Victor. Recomendações sobre política de comércio exterior. Páginas 39-45. CEBRI, 2022. Disponível em: https://www.cebri.org/media/documentos/arquivos/CEBRIPolicyPaper_Comercio.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2024.

MERCOSUL. Agenda Digital. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/temas/agenda-digital/>. Acesso em 27 de outubro de 2024.

MERCOSUL. Organograma Mercosul. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/organograma-mercossul/>. Acesso em 12 de outubro de 2024.

NEVES, Luiz Augusto de Castro. Por um novo caminho para o Mercosul. CEBRI,2016. Disponível em: <https://www.cebri.org/media/documentos/arquivos/CEBRIEdEspecialPorUmNovoCaminh.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2024.

PARLAMENTO EUROPEU. EU AI Act: first regulation on artificial intelligence. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>. Acesso em 13 de outubro de 2024.

PLANO BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL. Brasil, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/noticias/2024/07/plano-brasileiro-de-ia-tera-supercomputador-e-investimento-de-r-23-bilhoes-em-quatro-anos/ia_para_o_bem_de_todos.pdf/view Acesso em 02 de novembro de 2024.

POLÍTICA NACIONAL DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PLAN DE ACCIÓN. Disponível em: <https://www.minciencia.gob.cl/areas/inteligencia-artificial/politica-nacional-de-inteligencia-artificial/> Acesso em 13 de outubro de 2024.

SARAIVA, Miriam Gomes. Novas abordagens para análise dos processos de integração na América do Sul: o caso brasileiro. Carta Internacional, 2013.

SOUSA, Susana Aires de. A IA no setor económico: uma reflexão entre o bom, o mau e o vilão. In: Inteligência Artificial no Direito Penal, 175-205. Portugal: Almedina, 2022.

SOUSA, Susana Aires de. Breves notas sobre a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento IA) e altera determinados atos legislativos da União, In: A Proposta de Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial – Algumas Questões Jurídicas. Portugal, 2023.

SOUSA, Susana Aires de. “Não fui eu, foi a máquina”: Teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial, In: Anabela Miranda Rodrigues, coord., A Inteligência Artificial no Direito Penal, Coimbra: Almedina, 2020, 59-93.

VEIGA, Pedro da Mota; RIOS, Sandra Polónia. O regionalismo pós-liberal na América do Sul: origens, iniciativas e dilemas. CEPAL, 2007. Disponível em:

<https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/9624de8c-1780-4edd-9344-68cc386a2503/content> Acesso em 12 de outubro de 2024.

AS JUSTIFICATIVAS DA ALTA CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO NO BRASIL

LAS JUSTIFICACIONES DE LA ALTA CARGA TRIBUTARIA SOBRE EL CONSUMO EN BRASIL

THE JUSTIFICATIONS FOR THE HIGH TAX BURDEN ON CONSUMPTION IN BRAZIL

Charles Sarmiento Abreu¹⁴²

Resumo: Este artigo tem por objeto obter justificativas da adoção de uma alta tributação sobre o consumo no Brasil, trazendo, como consequências, decisões ruins por parte dos agentes econômicos, já que essa prática se revela um modelo bastante regressivo. Para dar cabo a esses objetivos, utilizou-se de observações de alguns vetores que desencadeiam as distorções provocadas por tais medidas, concluindo-se que as sementes para essas ações foram plantadas ainda no período colonial. As metodologias utilizadas foram a pesquisa bibliográfica e a hipotético-dedutiva para se chegar aos resultados apresentados.

Palavras-chave: Justificativas. Tributação. Consumo. Decisões econômicas. Regressivo. Distorções.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo obtener justificaciones para la adopción de una alta tributación sobre el consumo en Brasil, lo que genera, como consecuencia, decisiones erróneas por parte de los agentes económicos, ya que esta práctica se revela como un modelo bastante regresivo. Para alcanzar estos objetivos, se recurrió a la observación de algunos vectores que desencadenan las distorsiones provocadas por dichas medidas, concluyéndose que las semillas de estas acciones fueron sembradas aún en el período colonial. Las metodologías utilizadas fueron la investigación bibliográfica y la hipotético-deductiva para llegar a los resultados presentados.

Palabras clave: Justificaciones. Tributación. Consumo. Decisiones económicas. Regresivas. Distorsiones.

¹⁴² Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB; Pós-graduado em Direito Tributário pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF; Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES; Graduado em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Auditor Fiscal da Receita do Distrito Federal da Secretaria de Economia – SEEC/DF desde 2001. <https://lattes.cnpq.br/8497159944405957>

Abstract: This article aims to provide justifications for the adoption of high consumption taxation in Brazil, which results in poor decisions by economic agents, as this practice proves to be a highly regressive model. To achieve these objectives, observations of certain vectors that trigger the distortions caused by such measures were employed, concluding that the seeds for these actions were sown as far back as the colonial period. The methodologies used were bibliographic research and the hypothetical-deductive approach to arrive at the presented results.

Keywords: Justifications. Taxation. Consumption. Economic decisions. Regressive. Distortions.

INTRODUÇÃO

O Estado, como qualquer entidade, tem seus custos de manutenção. Para essa tarefa, utiliza-se majoritariamente de recursos oriundos das exações fiscais a serem partilhados entre os contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas.

Com o Magno Texto de 1988, cresceram as demandas advindas de um estado social e democrático de direito. E, para cumprir essas metas, elevou-se o peso dos tributos sobre a sociedade em especial sobre os que recaem sobre os bens e serviços em detrimento do privilégio dos que mais possuem riquezas.

Apresentadas essas premissas, este trabalho tem o fito de buscar as justificativas para a alta carga tributária sobre o consumo no Brasil que traz efeitos nocivos para a economia, provocando decisões incorretas dos agentes econômicos.

O tema é complexo e impossível de ser esgotado em poucas páginas, entretanto, para dar cabo a esta tarefa, abordou-se tópicos indispensáveis ao desenvolvimento deste estudo e, para tal, este trabalho foi dividido quatro partes além desta introdução e considerações finais.

No primeiro item, debruçou-se sobre alguns aspectos relevantes da tributação sobre consumo no Brasil. O segundo, um sucinto estudo sobre os reflexos dessa alta tributação na economia que envolve alteração dos preços relativos dos bens e serviços, impactos na organização da produção, desestímulo ao investimento e, por fim, as distorções na alocação de recursos na cadeia econômica.

No terceiro, observou-se como a estrutura tributária brasileira se organiza para que possa angariar os impostos sobre tais produtos. No último, cerne do estudo, buscou-se uma justificativa para tais protocolos que, como se verá, a todos prejudica, inclusive aos que

possuem as maiores riquezas e que poderiam contribuir com maiores aportes tributários na busca por uma sociedade com menores desigualdades.

As opções metodológicas usadas foram a pesquisa bibliográfica e o método hipotético dedutível para se chegar às conclusões deste artigo.

I. A TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL E SUAS PECULIARIDADES

O Brasil, um país emergente, enfrenta desafios para alcançar a expansão econômica sustentável e assim chegar a uma condição de país desenvolvido com distribuição de riqueza compatível com as nações mais ricas do planeta.

Mas, para se atingir este patamar, necessário se torna o enfrentamento de problemas estruturais que, de acordo com Restuccia e Rogerson, (2013, p. 5 - 17), são questões internas que proporcionam má gestão de recursos, comprometendo o crescimento constante no médio e longo prazo.

Esses autores enumeram alguns fatores para essas adversidades, dentre os quais, destacam-se: infraestrutura, ambiente de negócios e carga tributária. Esse último quesito será o objeto deste trabalho, tomando-se a particularidade dos impostos sobre o consumo.

Não se pode negar, por óbvio, a fundamental importância das exações no financiamento do Estado na promoção de suas políticas públicas, equidade e justiça social. Entretanto, se não forem devidamente calibradas, provocam desarranjos em função de escolhas incorretas de empresas e consumidores, causando perdas da eficiência no ambiente econômico.

Nesse contexto, a partir da estruturação da tributação no Brasil pelo Constituinte de 1988, as exações fiscais sobre o consumo se agigantaram, carreando efeitos negativos sobre a produtividade da economia como reação a esse arranjo e, dessa forma, comprometendo o crescimento sustentável do País.

Essa tributação que majora em excesso os bens e serviços é característica dos países em desenvolvimento que possuem dificuldades em uma maior tributação sobre o patrimônio e a renda pois, se assim fosse, poderia proporcionar, como contrapartida, uma diminuição das exações sobre o consumo (OCDE, 2024, p.33) e dar uma maior harmonia no equilíbrio da divisão dos custos do Estado, tendo por base a teoria do sacrifício (FLEISCHACKER, 2006, p. 91 – 92)¹⁴³, norteador moderno do princípio da capacidade contributiva.

¹⁴³ Segundo Samuel Fleischacker, o conceito da justiça distributiva não pode ser atribuído a uma só pessoa, devido à complexidade e relevância histórica que carrega essa premissa. Portanto, essa inovação deve ser partilha entre Adam Smith e outros pensadores como Rousseau e Immanuel Kant. Entretanto, Adam Smith contribuiu de forma

Segundo um levantamento da OCDE (2024, p. 86), ano de 2022, o consumo representou um montante percentual de 41,1 do total arrecadado pelo Brasil, considerando-se os três níveis de governo, detentores da competência para tributação desse setor da economia.

Após a Constituição de 1998, a matriz tributária brasileira foi aperfeiçoada para se arrecadar de forma mais eficiente para fazer valer as disposições da “Constituição Cidadã”, consubstanciadas na adoção de políticas públicas assistencialistas e transferências de recursos recolhidos pela União aos entes regionais e locais (OLIVEIRA, 2020, p. 2).

Essas ações provocaram uma necessidade premente de maiores somas monetárias por parte do ente central, desencadeando a instituição de novas exações como as contribuições sociais, tributos esses com características cumulativas e não repartidas com os outros entes políticos.

Essas imposições tributárias se demonstraram produtivas, mas apenas no que se refere à arrecadação, pois, ao onerar o consumo, agravou em maior medida um sistema tributário já bastante regressivo (OLIVEIRA, 2020, p. 2).

Os entes regionais, adotando a mesma diretriz do governo central, também inovaram no campo tributário com as denominadas “substituições tributárias”, regimes de antecipação de impostos. Além disso, aprovaram, no âmbito de suas competências, majorações de tributos relevantes no campo dos bens e serviços como energia elétrica, telecomunicações, minerais e combustíveis (OLIVEIRA, 2020, p. 2). Esses seguimentos da cadeia econômica apresentam um maior potencial arrecadatório, fazendo com que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS se tornasse o tributo de maior montante do País.

Segundo levantamento feito pelo Boletim de Arrecadação dos Tributos Estaduais (2024), o total do ICMS percebido pelos Estados e o Distrito Federal em 2023 foi de R\$ 699,47 bilhões de reais, enquanto a arrecadação total de tributos no Brasil alcançou 3,521 trilhões de reais (TESOURO NACIONAL, 2024). Portanto, essa exação representou 19,87% do total recolhido pelo Estado brasileiro.

Um dado que merece ser destacado: em 2023 o total angariado em imposições fáticas pelo Brasil representou 32,44% do produto interno bruto – PIB, sendo que o governo central ficou com 21,99%, os regionais com 8,12% e os locais com 2,32% (TESOURO NACIONAL, 2024). A maior parte percentual desses valores incidiu sobre os bens e serviços.

contundente com esse axioma, principalmente quando defende que se deve tributar os mais abastados em maior montante do que os menos favorecidos. Por essas ideias, plantou-se a moderna teoria do sacrifício, norteador do princípio da capacidade contributiva, quando da divisão das despesas do Estado.

Outro parâmetro que se deve dar ênfase é que, ainda no ano de 2023, a esfera federal ficou com 67,80% do total da arrecadação brasileira, a estadual com 25,03% e a municipal, amesquinhou apenas 7,16% (TESOURO NACIONAL, 2024).

Entretanto, apesar dessa eficiência no uso das competências tributárias, tais ações resultaram, além da concentração de divisas na União, em danos perniciosos para toda a cadeia econômica, penalizando o setor produtivo como se verá a seguir.

II. IMPACTO DA ALTA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO CRESCIMENTO ECONÔMICO

Nos moldes da teoria econômica básica, o aumento da tributação sobre os bens e serviços tende a resultar em preços mais altos para o consumidor final. Essas majorações podem desestimular o consumo, afetando negativamente a demanda agregada e, potencialmente, o crescimento econômico (PAZ, 2008, p. 23). Isso ocorre a partir de diversos mecanismos, já que, como enunciado, essas exações distorcem os preços relativos dos produtos, impactam a organização da produção e desestimulam o investimento, levando à má alocação de recursos na economia e, conseqüentemente, a um menor crescimento econômico (APPY, 2008, p. 328).

Portanto, a alta tributação sobre o consumo pode ter um impacto significativo na organização da produção, induzindo as empresas a adotarem estruturas que, embora minimizem a carga tributária, podem não ser as mais eficientes do ponto de vista da economia. Dessa forma essa matriz tributária, como a que está posta, afeta as decisões sobre os processos produtivos em diversos níveis, tratadas a seguir

III.I Alteração dos preços relativos

Esse fenômeno econômico faz com que os bens e serviços sob uma tributação acentuada fiquem mais caros do que outros com uma tributação menor, produzindo, como se verá, os efeitos renda e substituição.

Como exemplo, pode-se tomar um aumento exacerbado na tributação do preço das cervejas. Isso feito, altera-se o valor desse produto ao consumidor final, pois essa bebida fica relativamente mais cara do que outras com a exação fiscal de menor monta como sucos, refrigerantes, aguardentes e vinhos.

Como saída para continuar se aproveitando de bebidas, o consumidor pode demandar menos cerveja ou substituir essa mercadoria por outras como as supracitadas. Isso é

denominado por “efeito substituição” que pode provocar uma alteração no nível de satisfação das pessoas que tem por hábito a ingestão das cervejas (STIGLITZ; ROSENGARD 2015, p. 576).

Outra consequência decorrente dessa ação estatal é o nominado “efeito renda”. Isso se dá porque, com o aumento da tributação sobre a cerveja, exemplo mencionado, há uma transferência de recursos do consumidor para o governo, fazendo com que a renda disponível dessas pessoas fique mais baixa, deflagrando, portanto, a substituição do seu consumo por produtos mais baratos (STIGLITZ; ROSENGARD 2015, p. 576).

O efeito substituição se dá em função da demanda dos produtos adquiridos. Produtos com uma demanda elástica têm uma maior substituição, enquanto as inelásticas, menor (STIGLITZ; ROSENGARD 2015, p. 582 - 583).

Essas disformidades na economia poderiam ser minimizadas se se tributasse com uma alíquota uniforme (APPY, 2017, p. 327), ou se a aplicação das alíquotas fosse inversamente proporcional à elasticidade da demanda, ou seja, produtos com demanda inelástica sofreriam maiores alíquotas, enquanto os de demanda elástica seriam tributados com alíquotas menores (BARBOSA; SIQUEIRA 2001, p. 12).

Como exposto, as maiores distorções do sistema tributário brasileiro decorrem da tributação sobre o consumo. Essa questão traz consequências indesejáveis no campo econômico que se somam às peculiaridades da estrutura de tributação, uma miríade de alíquotas que tributam esses produtos, os benefícios setoriais decorrentes dos grupos de pressão, além do incentivo aos médios, pequenos e microempreendedores, ação louvável, mas que traz consequências indesejáveis, como será demonstrado (APPY, 2017, p. 323).

O sistema tributário atual brasileiro em muito se distancia do modelo tradicional imposto sobre valor agregado – IVA de alíquota única que melhor atende aos quesitos da neutralidade, pois possibilita a não-cumulatividade plena dessa exação fiscal.

Entretanto, no Brasil, algumas das exações que envolvem a cadeia produtiva, como o ISS e o PIS/COFIN, são cumulativos, fazendo com que o País em muito se distancie dessa imparcialidade fiscal. Isso posto, com a aprovação da EC 132/2023 – Reforma Tributária -, busca-se a simplificação das imposições fáticas sobre os bens e serviços com o IVA dual, fazendo com que o País se alinhe às melhores práticas há muito implementadas pelos países mais avançados economicamente.

Outro fator relevante para a adoção do IVA é o fato da adoção de uma só alíquota. Dessa maneira se evita o contencioso tributário, na medida em que perderá o objeto as infundáveis discussões sobre as classificações fiscais das mercadorias (APPY, 2017, p. 327).

Dessa forma, com o IVA, o imposto pago pelo consumidor do produto é aquele recolhido em todas as etapas do processo fabril, fazendo com que a incidência se dê independentemente como fora organizada a produção, minimizando as distorções alocativas, desonerando as exportações e, ainda, não distorcendo os preços relativos dos bens e serviços.

III.II Impacto na organização da produção

A alta tributação sobre o consumo, especialmente quando combinada com regimes simplificados de tributação, incentiva a verticalização artificial e fragmentação da produção em detrimento da especialização e das economias de escala (APPY, 2008, p. 325 – 326) e (PAZ, 2008 p. 27).

A verticalização da produção é uma estratégia empresarial conhecida como integração vertical que envolve a expansão das atividades de uma empresa ao longo de sua cadeia produtiva, visando reduzir a carga tributária incidente em suas operações por meio da internalização de suas atividades (OLIVEIRA, 2020, p. 3).

Já a fragmentação leva à criação de empresas de menor porte e produtividade, impactando negativamente o crescimento econômico como o caso da construção civil no Brasil, pois a alta tributação sobre os materiais de construção incentiva as empresas a produzirem alguns de seus próprios insumos, mesmo que seja mais eficiente comprá-los de fornecedores especializados.

Outros fatores que impactam na organização da produção são a cumulatividade dos tributos e os regimes simplificados de tributação que também contribuem para a internalização das atividades como mencionado anteriormente.

Pela primeira, têm-se impostos como o ISS e PIS/COFINS, incidentes em cascata sobre as etapas da fabricação e que oneram o processo produtivo, determinando a verticalização ou fragmentação da produção.

No segundo caso, a diferença significativa do custo entre o regime normal de tributação e os regimes simplificados, lucro presumido e o simples nacional, pode incentivar a fragmentação artificial da produção (PAZ, 2008, p. 54 e 88), pois as composições societárias podem dividir suas operações em empresas menores, enquadradas em regimes simplificados para se beneficiarem de alíquotas inferiores.

Essa prática, embora reduza o encargo fiscal, pode levar à internalização de atividades que seriam mais eficientes se terceirizadas (OLIVEIRA, 2020, p. 3) e, por consequência, a uma menor especialização da escala produtiva, impactando a eficiência e o custo final dos produtos.

III.III. Desestímulo ao investimento

A alta tributação sobre o consumo encarece os bens de capital, tornando os aportes financeiros menos atrativos às empresas, reduzindo a taxa de investimento na economia, impactando negativamente a produtividade e o crescimento econômico.

Isso decorre das incongruências do sistema de tributação do Brasil que consistem, grosso modo, na adoção de tributos cumulativos, alta tributação sobre insumos que formam a cadeia produtiva, regimes tributários simplificados, adoção da técnica da substituição tributária para a arrecadação de alguns tributos, guerra fiscal entre os entes federativos e a incerteza gerada pela complexidade da matriz tributária.

No que tange à cumulatividade, a incidência de impostos cumulativos sobre as diversas etapas da produção e comercialização encarece os bens de capital ao longo da cadeia fabril (PAZ, 2008, p. 51). Esse efeito em cascata aumenta o preço final desses ativos, tornando-os menos acessíveis para as empresas que desejam investir.

A tributação de insumos utilizados na produção de bens de capital, mesmo que haja, à posteriori, mecanismos de crédito ou compensação, impacta o custo final desses bens (PAZ, 2008, p. 27 e 56). Ainda que haja a intenção de desonerar o investimento, a complexidade do sistema e a tributação em etapas anteriores elevam os desembolsos para se produzir.

A existência de regimes tributários simplificados, lucro presumido e simples nacional, criam, como enunciado, distorções e incentivos à fragmentação da produção (APPY, 2017, p. 340). Essas disrupturas podem levar a uma menor especialização na escala de produção dos bens de capital, impactando a eficiência e seu custo final, desestimulando o crescimento empresarial.

A aplicação da substituição tributária, antecipando a cobrança de impostos em etapas anteriores da cadeia produtiva, onera os bens de capital e aumenta a complexidade do sistema (PAZ, 2008, p. 67 - 68). Essa prática pode gerar distorções e dificultar o planejamento dos investimentos.

A guerra fiscal, marcada pela concessão de benefícios fiscais por entes regionais e locais para atrair investimentos, distorce a alocação de recursos e pode encarecer os bens de capital em algumas regiões (OLIVEIRA, 2020 p. 4). A busca por tais benesses pode levar as empresas a se instalarem em locais menos eficientes do ponto de vista logístico e produtivo, impactando o custo e a disponibilidade desses ativos.

A incerteza gerada pela complexidade do sistema tributário brasileiro aumenta o risco dos investimentos, deprimindo ainda mais a alocação de capital em atividades produtivas (OLIVEIRA, 2020, p. 1).

Em resumo, a alta tributação sobre o consumo no Brasil, combinada com um sistema tributário complexo e distorcivo, favorece o baixo crescimento da economia ao desestimular o investimento, distorcer os preços relativos e incentivar uma organização ineficiente da produção (OLIVEIRA, 2020), (PAZ, 2008) e (BARBOSA; SIQUEIRA, 2001).

III.IV. Distorções na alocação de recursos

A tributação sobre o consumo pode desfigurar a alocação de recursos, levando a uma produção excessiva de bens e serviços menos tributados e a uma produção insuficiente de produtos atingidos com maiores exações (RESTUCCIA e ROGERSON, 2013, p. 3).

Nesse contexto, o conceito de incidência tributária é crucial para entender quem efetivamente arca com o ônus do imposto. A incidência pode ser direta, quando recai sobre o consumidor final, ou indireta, se é repassada para outros agentes econômicos como fornecedores ou trabalhadores (STIGLITZ e ROSENGARD, 2015, p. 540).

Por dedução lógica, percebe-se que a diminuição da renda disponível dos consumidores provoca a redução do consumo. Por conseguinte, reduz-se a demanda agregada e aumento da informalidade, pois a alta carga tributária incentiva essa prática, penalizando a produção e gerando menos arrecadação para os governos, já que, ao se repassar os tributos para o consumidor via tributação, o produtor acaba elevando seus preços, provocando, como visto, o efeito renda.

Dessa forma, no afã de minimizar tais impactos, os empresários buscam a informalidade e a sonegação fiscal.

Nessa rota, como enunciado, a tributação sobre o consumo altera os preços relativos dos bens e serviços, tornando alguns produtos artificialmente mais caros do que outros. Isso altera as decisões de consumo dos indivíduos, levando-os a gastar menos com os bens mais tributados e mais os bens com menores exações, mesmo que essa escolha não seja a mais eficiente do ponto de vista econômico (APPY, 2008, p. 325).

Essa disruptura impacta a alocação produtiva da economia, deslocando recursos de setores mais para os menos produtivos. Por exemplo, se os serviços são menos tributados que os produtos industriais, as pessoas podem ser incentivadas a consumir mais serviços em detrimento de bens manufaturados. Caso o setor de serviços tenha um menor potencial de

crescimento em comparação com o industrial, a produtividade média da economia pode ser afetada negativamente (APPY, 2008, p. 325).

No Brasil, a complexa estrutura de tributação sobre bens e serviços, com múltiplos tributos, alíquotas e regimes especiais, agrava, como exposto, a distorção de preços relativos, criando um ambiente de grande incerteza para as empresas, dificultando o planejamento e a alocação de recursos na economia. (APPY, 2008, p. 325).

IV. ESTRUTURA BRASILEIRA NA TRIBUTAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS

Não existe um país com um regime tributário totalmente neutro, ou seja, impossível que a tributação não afete direta ou indiretamente a economia, pois o Estado se utiliza das exações fiscais para a consecução de objetivos demandados pela sociedade como a redução das desigualdades, promoção da equidade e da justiça social. Além disso, a tributação pode ser direcionada para a indução de comportamentos como incentivos à sustentabilidade (PAZ, 2008, p. 25).

Os sistemas tributários mais neutros são os mais eficientes pois diminuem as distorções no que se refere às decisões econômicas dos indivíduos e das empresas, minimizando a perda do bem-estar das pessoas quando as imposições fáticas que favoreçam ou não certos bens ou atividades (PAZ, 2008, p. 25).

Outra característica da tributação neutra, longe de alcançável com o atual modelo brasileiro, é a uniformidade dos tributos (APPY, 2017, p. 327) e das alíquotas incidentes sobre os bens e serviços (PAZ, 2008, p. 29, 29 e 70). Portanto, o Brasil ainda não atingiu níveis de conformidade no que se refere à arrecadação dos impostos. É o que se pretende analisar a seguir.

IV.I.I. Diferentes formas de incidência dos tributos sobre os bens e serviços

Na maior parte dos países, tributa-se o consumo através de um único tributo, metodologia essa denominada de base ampla (APPY, 2017, p. 327). Na contramão dessa lógica, o Brasil determina imposições fáticas sobre os bens e serviços com cinco impostos e duas contribuições sociais.

Os primeiros são: o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipais e de Telecomunicação – ICMS, art. 155, II, de competência dos Estados e do Distrito Federal; o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, art. 156, I, municipal; Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, art. 153, IV, Imposto sobre

Importações – II, art. 153, I e o Imposto sobre Operações Financeiras - IOF os três últimos de competência da União. Todos esses tributos foram ofertados aos respectivos entes políticos pelo Magno Texto.

Quanto às contribuições, tem-se o PIS/COFINS, art. 149 c/c art. 195 da CF/88, cuja hipótese de incidência atinge todos os setores, restrito às atividades econômicas de pessoas jurídicas, alcançando o faturamento e do lucro empresarial.

Entretanto, embora esses tributos tenham a mesma base de cálculo, faturamento e lucro, o Programa de Integração Social – PIS, art. 195, I, “b”, combinado com o art. 239, todos da CF/88, tem por objetivo financiar programas sociais como o seguro-desemprego e o abono salarial dos trabalhadores, Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998 c/c Lei 10.147/2000.

Já a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, art. 195, I, “b” da CF/88, visa o financiamento da seguridade social.

Vê-se que, rigorosamente, o PIS e a COFINS são tributos diversos. Entretanto, como possuem legislação praticamente idêntica, são tratados como se fosse um único tributo.

Quanto à cumulatividade, o ISS é cumulativo e o PIS/COFINS pode ser cumulativo ou não a depender do regime escolhido pela empresa, opção essa determinada pela legislação tributária do imposto de renda, lucro real, presumido ou simples nacional.

As empresas tributadas com base no lucro presumido são as de faturamento anual igual ou inferior a R\$ 78 milhões, art. 13 da Lei 9718/1998. As optantes pelo simples nacional, faturamento inferior a R\$ 4,8 milhões, Lei Complementar 123/2006. Sua subcategoria, o regime dos microempreendedores individuais – MEI, receita bruta anual não superior a R\$ 81 mil, sujeito a atualizações, Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008.

Para as duas primeiras organizações, a legislação tributária determinou o recolhimento do PIS/COFINS na sistemática da cumulatividade. Já no caso do MEI, o contribuinte é isento de impostos federais (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IPI) e paga um valor fixo mensal a título de contribuições previdenciárias, em conjunto com o ICMS e o ISS, via documento de arrecadação do simples nacional para o microempreendedor individual - DAS-MEI.

No simples nacional, a legislação estabeleceu regras que substituem diversos tributos, incluindo COFINS, CSLL, ICMS, IPI, ISS, IRPJ, PIS/PASEP, além de contribuições previdenciárias, lançados no documento de arrecadação do simples nacional - DAS.

Para as optantes pelo lucro real, receita total do ano-calendário anterior superior ao limite de R\$ 78 milhões, o PIS/COFINS é não-cumulativo.

Portanto, vê-se que, nessa sistemática de incidência sobre uma base ampla, a legislação brasileira torna complexa a apuração de tributos, estimando o Banco Mundial, 2021, um gasto

médio de 1501 horas por ano para as empresas apurarem e recolherem essas exações (CNN BRASIL, 2021).

Todos esses custos são repassados por essas organizações a sua produção, acabando por onerar ainda mais a produtividade e os custos finais de todos os bens e serviços produzidos.

IV.I.II. Regimes Simplificados de Tributação

Os regimes simplificados de tributação visam a facilitar o cumprimento das obrigações tributárias por parte de micro, pequenas e médias empresas, descomplicando o recolhimento de tributos. Além disso, tributa-se menos se comparados ao regime normal, lucro real.

Portanto, reduz-se a complexidade e os custos associados a esses processos, fazendo com que os procedimentos fiscais sejam menos burocráticos e, dessa forma, possibilita uma maior conformidade fiscal, custo de se apurar e recolher impostos aos pequenos, médios e micro empreendimentos, pois o sistema tributário brasileiro exige altos dispêndios nessa seara (OCDE, 2015, p. 14).

Embora a intenção seja louvável, a implementação desses regimes gera distorções e ineficiências muitas vezes beneficiando empresas menos produtivas em detrimento daquelas que mais contribuem para a economia.

Appy (2017, p. 342 - 343) elenca que as desvantagens na escolha desses regimes tributários em muito ultrapassa suas utilidades, pois:

- 1 – Incentivam as empresas a permanecerem pequenas, limitando seu crescimento e potencial de geração de empregos;
- 2 - Ineficiência: Empresas menos produtivas podem ser beneficiadas em detrimento de empresas mais eficientes;
- 3 - Impacto Limitado na redução na informalidade e no aumento da arrecadação;
- 4 – Desestimulam o crescimento das empresas, pois, o aumento das atividades empresariais provocaria uma carga tributária maior e, por consequência, uma diminuição dos seus lucros líquidos.

Como exemplo, podemos citar que uma empresa enquadrada no simples nacional pode ter uma carga tributária significativamente menor do que uma empresa pertencente ao lucro presumido e essa última ter encargos fiscais menores do que se se constituísse com base no lucro real. Portanto, têm-se, em tese, lucratividades menores à medida que se cresce na cadeia do faturamento relacionada ao modelo de tributação.

Em uma comparação Internacional, o Brasil possui um dos regimes simplificados mais abrangentes e generosos em relação a países economicamente mais avançados OCDE (2015, p. 91). Nessas nações, as vantagens entregues são muito menores. Isso posto, os pequenos negócios não têm o tratamento tão diferenciado como no Brasil.

Quando se pretende dar distinção, esses países operam protocolos que visam à simplificação no recolhimento de tributos e, quanto aos incentivos, apenas os que objetivem a indução de comportamentos, como o investimento em inovação e desenvolvimento sustentável (APPY, 2017, p. 342).

Portanto, no Brasil, esses regimes, apesar de sua intenção positiva, apresentam falhas que precisam ser revistas. Essas ações não devem comprometer a eficiência do sistema tributário, nem desincentivar o crescimento das empresas. É fundamental encontrar um equilíbrio entre a simplificação e a justiça fiscal, recompensando empresas mais produtivas e alentar o desenvolvimento econômico (OCDE, 2015, p. 15).

V. JUSTIFICATIVAS PARA ALTA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL

Como informado, os países em desenvolvimento tributam mais o consumo do que a riqueza. Segundo a OCDE (2024, p. 33), quase metade do arrecadado nos países da América Latina e Caribe são oriundos da tributação sobre esse ramo da atividade econômica.

Essa informação é corroborada pela OXFAN¹⁴⁴ - Comitê de Oxford para Alívio da Fome. Os países que compõem o G20 também tributam mais os bens e serviços do que os países ricos.

Segundo levantamento recente, 27 de fevereiro de 2024, plataforma digital Poder 360 (2024), para cada 1 dólar arrecadado nos países em desenvolvimento, menos de US\$ 0,08 são advindos da tributação sobre a riqueza.

Enquanto isso, mais de US\$ 0,32 são originados dos tributos sobre os bens e serviços nessas mesmas nações (PODER 360, 2024). As exações sobre os alimentos e outras necessidades humanas básicas drenam um pesado encargo fiscal para as famílias com rendimentos mais baixos, fazendo com que haja uma transferência de riqueza dessas pessoas aos governos, (OXFAM, 2024), fator determinante para o desencadeamento do fator renda, supracitado.

¹⁴⁴ A OXFAN é organização global tendo por base uma rede de vinte afiliadas com atuação em noventa países, tem por objetivo combater a desigualdade, a pobreza e as injustiças em todo o mundo.

Ainda, de acordo com a (OXFAN, 2024), os detentores dos 1% das maiores riquezas dos países do G20 obtiveram mais de US\$ 18 trilhões em rendimentos em 2022, valor superior ao produto interno bruto da China.

Estima-se ainda que, se se cobrasse um imposto anual de cerca de 5% sobre a riqueza dos multimilionários e bilionários do G20, arrecadar-se-ia US\$ 1,5 trilhão, suficiente para se acabar com a fome no planeta, auxiliar as nações de rendas baixas e médias a adequarem suas economias ao desenvolvimento sustentável, adaptando-as aos fenômenos climáticos e mais, sobriariam aproximadamente meio trilhão de dólares para o investimento em serviços públicos no combate à desigualdade social (OXFAM, 2024).

Diante de um esforço relativamente pequeno, indaga-se quais seriam as dificuldades para a imposição de tais feitos.

A resposta está em um estudo feito pelos ganhadores do Prêmio Nobel de Economia de 2024 que desenvolveram trabalhos sobre as razões da prosperidade ou não das nações.

Por suas pesquisas, lançadas na obra, “Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza” (Acemoglu; Robinson, 2012), em síntese, esses pesquisadores demonstram, como ponto de partida, as diferenças entre as colônias exploratórias, América Latina e Caribe e as de povoamento, Estados Unidos e Canadá.

Nessas últimas, desenvolveram-se instituições fortes, pois investiu-se em educação e direitos de propriedade para todos através de políticas públicas inclusivas que produziram regras de convivência com uma maior propagação do bem-estar coletivo. Nas primeiras, essas mesmas instituições foram criadas para o proveito da mão de obra colonial e transferência de recursos extrativos para suas metrópoles.

Com o decorrer dos tempos, quando da formação das elites nesses países, essa casta da população, para se manter no topo da hierarquia social, continuou a explorar as camadas menos favorecidas.

Em entrevista recente, trazida por Buarque (2024) ao portal eletrônico UOL, James A. Robson, um dos ganhadores do Prêmio de Economia de 2024, declarou: “o Brasil não conseguiu fazer uma transição de instituições extrativistas para instituições inclusivas”. Essa argumentação corrobora as premissas retro elencadas.

Da análise de Filho (2024) sobre essa obra, concluiu ele que foram criadas nos países de colônias exploratórias instituições ruins que se perpetuaram ao longo dos anos, mantendo-se políticas não inclusivas nessas nações.

Mas, uma das maiores contribuições feitas pelo estudo foi a demonstração de que não houve uma luta pelo poder entre essas elites e os menos abastados para se depurar essas organizações (FILHO, 2024).

Dessa forma, nas antigas colônias extrativas, hoje países em desenvolvimento como os da América Latina e Caribe, incluído o Brasil, as elites locais mantêm o poder e não têm o interesse de que a maioria da população tenha sua inclusão em uma sociedade com acesso à educação, justiça e maior distribuição de riqueza, mesmo que esse desenvolvimento inclusivo fosse proveitoso a todos, inclusive para os mais abastados (FILHO, 2024).

Isso posto, a manutenção da desigualdade social e econômica parece ser um conforto que as elites brasileiras querem preservar sobre as comadas mais pobres da população, mesmo que isso implique em alguns prejuízo à própria elite (FILHO, 2024).

Nesse contexto, insere-se a divisão dos tributos. Filho (2024) determina que em diversos aspectos, inclusive na partilha dos custos estatais através da distribuição dos impostos, a elite também teria benefícios se essas nações tivessem um desenvolvimento humano maior, pois ter-se-ia um ambiente econômico de maior produtividade e, ainda, haveria menores índices de criminalidade como nos países mais igualitários.

Consequentemente, com a maior distribuição do capital, a própria classe mais abastada despenderia menos recursos no recolhimento de tributos ou sofreriam menores pressões para o custeio do Estado, pois, em um país mais rico, o custo da divisão dos impostos seria menor para todos (FILHO, 2024).

Por fim, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, se um país for mais rico, todos serão mais prósperos, principalmente os com uma maior propensão em acumular capital. Portanto, do ponto de vista racional, injustificável a postura da elite brasileira em se negar no aumento da sua contrapartida no recolhimento dos impostos, o que estaria em conformidade com a teoria do sacrifício, referência moderna do princípio da capacidade contributiva.

CONCLUSÃO

A sociedade brasileira foi concebida, a partir do período colonial, para fomentar a metrópole portuguesa com os fartos recursos extrativos aqui presentes.

Desenvolveu-se então, assim como o fito dos lusitanos, uma mentalidade exploratória nas então elites que se formaram no País, cuja meta é o enriquecimento a qualquer custo sem se importar com as classes menos favorecidas.

Esses protocolos podem ser vistos na divisão dos custos do Estado entre os brasileiros, quando da formatação do sistema de tributação que rege as finanças desta nação, principalmente após a implementação do estado social e democrático de direito pela nova Constituição, em que as demandas dos cidadãos cresceram e exigiram maiores recursos dos poderes públicos.

Consequentemente, a partir da CF/88, criou-se uma montanha de tributos para fazer valer esses intentos e, pela necessidade e facilidade, optou-se por tributar de forma extremamente regressiva o consumo, mesmo, como exposto, que essa escolha provocasse efeitos nefastos ao ambiente econômico e consequências sociais desfavoráveis.

Com este estudo, conclui-se que não há um interesse das classes dominantes brasileiras na inclusão dos menos favorecidos, em função a uma mentalidade arraigada desde o período colonial, lógica essa que prevalece quando o assunto é o rateio dos custos do Estado.

Essa inclusão deixaria todos mais abastados e aqueles com maiores propensões em acumular riqueza tenderiam a agregar maiores quantidades de capital do que no ambiente econômico atual. Entretanto, mesmo de posse dessas informações, os mais ricos rejeitam em dar a sua justa quota-parte no sacrifício da divisão da manutenção do Estado.

Portanto, por essas diretrizes, no Brasil, tributa-se mais o consumo do que a riqueza, devido à alta dificuldade na implementação de um sistema tributário menos regressivo por uma concepção retrógrada que remonta o período colonial.

REFERÊNCIAS

360, Poder. Países do G20 tributam mais o consumo que a riqueza, diz Oxfam. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/paises-do-g20-tributam-mais-o-consumo-que-a-riqueza-diz-oxfam/>. Acesso em: 04.11.2024.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. Por que as nações fracassam. Tradução Rogério W. Galindo e Roseana Correa de Freitas. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2022.

APPY, Bernardo. Tributação e Produtividade No Brasil. *in* Anatomia da Produtividade no Brasil. organizador: Regis Bonelli, Fernando Veloso e Armando Castelar Pinheiro. Rio de Janeiro: Elsevier - FGV/IBRE, 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4105023/mod_resource/content/0/Appy_Tributacao_e_Produtividade.pdf. Acesso em: 17 setembro 2024.

BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; SIQUEIRA, Rozane Bezerra de. Imposto Ótimo Sobre o Consumo: Resenha da Teoria e uma Aplicação ao Caso Brasileiro. Rio de Janeiro: IPEA, 2001. Disponível em:

IMPOSTÔMETRO. Arrecadação total de tributos no Brasil no ano de 2023. Disponível em: <https://impostometro.com.br/>. Acesso em: 29.10.2024.

NACIONAL, Tesouro. Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:46589. Acesso em: 29.10.2024.

OECD et al. Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe 2024, OECD Publishing, Paris, 2024.

OEDC. Taxation of SMEs in OECD and G20 countries. OECD Tax Policy Studies, n. 23. OECD: Paris, 2015. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/taxation-of-smes-in-oecd-and-g20-countries_9789264243507-en.html. Acesso em: 28.10.2024.

OLIVEIRA, João Maria de. Impactos setoriais e regionais de mudanças na tributação do consumo no Brasil. Nota Técnica. Carta de Conjuntura n.48 – 3. Trimestre. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/conjuntura/cc48_nt_tributacao_d_o_consumo.pdf. Acesso em: 17 setembro 2024.

OXFAM. Less than 8 cents in every dollar of tax revenue collected in G20 countries comes from taxes on wealth, says Oxfam. Published: 27th February 2024. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2024/02/estudo-oxfam-tributacao-consumo-renda-27fev2024.pdf>. Acesso em: 04.11.2024.

PAZ, Sue-Ellen Nonato. Análise da Tributação do Consumo no Brasil. Orientador: Carlos Eugênio Ellery Lustosa da Costa. 2008. Dissertação Mestrado - Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/caf0d0bf-a3c5-4e42-a665-f137ce87fb7a/content>. Acesso em: 17 setembro 2024.

RESTUCCIA, D.; ROGERSON, R. Misallocation and productivity. Review of Economic Dynamics. Working Paper 468. Toronto: University of Toronto, Department of Economics. 2013.

SÃO PAULO, Folha. Criação de dois tributos permitiu destravar reforma após décadas, diz ‘mãe’ do IVA Dual. Melina Rocha. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/blogs/que-imposto-e-esse/2024/09/criacao-de-dois-tributos-permitiu-destravar-reforma-apos-decadas-diz-mae-do-iva-dual.shtml#:~:text=Melina%20explica%20que%20%C3%8Dndia%20e,compartilhada%20para%20tributar%20o%20consumo>. Acesso em: 29.10.2024.

STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K. Economics of the Public Sector. 4. ed. New York and London: W. W. Norton Company, Inc. 2015.

EMERGENTE ATENÇÃO À COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL

ATENCIÓN EMERGENTE A LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL EN BRASIL

EMERGING ATTENTION TO INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS IN BRAZIL

Fábio de Sá Pereira¹⁴⁵

Resumo: O artigo visa fomentar a discussão acerca da importância da cooperação jurídica internacional em matéria penal especialmente no que se refere à homologação de sentença penal condenatória estrangeira no Brasil, afirmando a natureza jurídica dos artigos 100 da Lei de Migração e 9º do Código Penal como sendo dispositivos de norma de cooperação jurídica internacional em matéria penal e não de norma penal ou criminal. Num primeiro momento, o artigo busca contextualizar a cooperação jurídica internacional em matéria penal à realidade dos dias atuais, concluindo pela necessidade de adequações legislativas. A atenção da comunidade jurídica sobre o rumoroso caso do jogador de futebol Robinho, que foi condenado na Itália por estupro, tem contribuído para a discussão da importância da cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil, bem como levado à conclusão de que muito ainda há de ser feito para que o instrumento ocupe o espaço legislativo que merece.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional em matéria penal. Discussão emergente no âmbito jurídico-acadêmico brasileiro. Caso Robinho.

Resumen: El artículo tiene como objetivo fomentar la discusión sobre la importancia de la cooperación jurídica internacional en materia penal, especialmente en lo que respecta a la aprobación de una sentencia penal extranjera en Brasil, afirmando la naturaleza jurídica de los artículos 100 de la Ley de Migración en Brasil y 9 del Código Penal brasileño como disposiciones de normas internacionales de cooperación jurídica en materia penal y no de normas penales. En primer lugar, el artículo busca contextualizar la cooperación jurídica internacional en materia penal a la realidad actual, concluyendo que es necesario realizar ajustes legislativos. La atención de la comunidad jurídica al controvertido caso del futbolista Robinho, condenado en Italia por violación, ha contribuido a la discusión sobre la importancia de la cooperación jurídica internacional en materia penal en Brasil, además de llevar a la conclusión

¹⁴⁵ Graduado em Direito pela UEL Universidade Estadual de Londrina), Mestre em Direito pela UFPA (Universidade Federal do Pará), Doutorando em Direito pelo IDP (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa), Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Unemat (Universidade do Estado de Mato Grosso), advogado.

de que todavía hay Queda mucho por hacer para que el instrumento ocupe el espacio legislativo que merece.

Palabras clave: Cooperación jurídica internacional en materia penal. Discusión emergente en el contexto jurídico-académico brasileño. Caso Robinho.

Abstract: The article aims to encourage discussion about the importance of international legal cooperation in criminal matters, especially with Regard to the approval of a foreign criminal sentence in Brazil, affirming the legal nature of articles 100 of the Brazilian Migration Law and 9 of the Brazilian Penal Code as being provisions of international legal cooperation standards in criminal matters and not penal or criminal standards. Firstly, the article seeks to contextualize international legal cooperation in criminal matters to today's reality, concluding that there is a need for legislative adjustments. The legal community's attention to the controversial case of the football player Robinho, who was convicted in Italy of rape, has contributed to the discussion of the importance of international legal cooperation in criminal matters in Brazil, as well as leading to the conclusion that much still needs to be done so that the instrument occupies the legislative space it deserves.

Keywords: International legal cooperation in criminal matters. Emerging discussion in the Brazilian legal-academic field. Robinho Case.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa fomentar a discussão acerca da cooperação jurídica internacional em matéria penal para homologação de sentença penal condenatória estrangeira no Brasil, analisando a natureza jurídica de dispositivos legais muito comentados recentemente em virtude, principalmente, da repercussão do rumoroso caso do jogador de futebol Robinho, condenado em 2017 na Itália por crime de estupro ocorrido em 2013, tendo o condenado vindo para o Brasil, onde contava que não teria em seu desfavor homologada pelo STJ a sentença condenatória italiana devido à interpretação (equivocada), dentre outras teses defensivas, de que o artigo 100 da Lei de Migração, que é de 2017, teria natureza jurídica de norma criminal ou penal, que por esse motivo não poderia retroagir para ser aplicada num caso ocorrido antes da sua entrada em vigor.

Nos subtítulos do artigo, busca-se num primeiro momento delimitar a matéria no âmbito da cooperação jurídica internacional para em seguida defender a tese de que o artigo 100 da Lei de Migração tem natureza jurídica de norma de cooperação jurídica internacional em matéria penal e não de norma criminal ou penal.

Ainda, mais adiante no artigo, defende-se a ideia de que o artigo 9º do Código Penal também tem a mesma natureza jurídica do artigo 100 da Lei de Migração.

Defende-se a ideia, por fim, de que há necessidade de ampla discussão acerca da importância da cooperação jurídica internacional em matéria penal, principalmente no âmbito acadêmico, justamente para fomentar o legislador brasileiro a adequar seu entendimento acerca desse assunto que merece a criação e condensação de leis específicas mais adequadas à realidade do mundo globalizado e da cooperação jurídica internacional.

I. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

A cooperação jurídica internacional consiste no auxílio que um Estado presta a outro para efetivação de medidas administrativas ou judiciais necessárias à instrução de procedimento de jurisdição do País que solicita a cooperação, isso em inquérito policial, processo em curso, para instrução deste, ou ainda para execução de sentença.

Quando o Brasil solicita a cooperação, chamamos de “cooperação ativa” a solicitação. Se for outro País quem solicita ao Brasil, diz-se “cooperação passiva”.

O que justifica essa cooperação é o fenômeno da globalização; essa integração econômica, cultural e social entre os povos que eleva o espaço geográfico para o âmbito do globo terrestre. O avanço na comunicação e nos transportes proporciona a intensificação da circulação de pessoas, mercadorias, dinheiro, bens, valores e informações, caracterizando esse fenômeno cada vez mais veemente.

Em virtude desse fenômeno, para exercerem as suas atividades jurisdicionais, cada vez mais os Estados buscam esse auxílio mútuo, pois se para a efetiva prestação jurisdicional ou mesmo para o acesso efetivo e integral à Justiça for preciso ir além das fronteiras geográficas, a cooperação jurídica internacional é o mecanismo.

Internamente, para operacionalizar os pedidos de cooperação jurídica internacional, cada Estado mantém um órgão administrativo interno responsável pela condução do procedimento. Esse órgão é a “Autoridade Central”, encarregada de receber, enviar e acompanhar o cumprimento dos pedidos de cooperação.

Considerando que os pedidos de cooperação jurídica internacional são precedidos de acordos bilaterais, multilaterais e tratados com base na reciprocidade entre os Estados, incumbe à Autoridade Central de cada País signatário então, na condução da cooperação entre estes, analisar as leis tanto de quem solicita quanto de quem é solicitado a cooperar, justamente para que seja possível adequar as diferenças legislativas e até de costumes visando dar efetividade ao tratado de cooperação como um todo e, em particular, ao que se pretende com o pedido de cooperação.

A Autoridade Central, portanto, é órgão essencial na execução da cooperação jurídica internacional, pois além de coordenar a operacionalização da cooperação, realiza atividades voltadas à melhoria do próprio sistema de cooperação junto à comunidade internacional, fomentando intercâmbio de ideias para a incrementação de medidas voltadas à agilidade dos procedimentos, tradicionalmente lentos e burocráticos.

A Autoridade Central brasileira é exercida pelo Ministério da Justiça, através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), ao qual cabe analisar e fazer tramitar as espécies de pedidos de cooperação.

A Procuradoria Geral da República também exerce a função de Autoridade Central, conforme se verifica no Tratados de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Portuguesa e o Governo da República Federativa do Brasil (Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994) e no Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá (Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009).

Pois bem, o Brasil é signatário da Convenção de Mérida, que trata preponderantemente de cooperação jurídica internacional em matéria penal. Trata-se da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em outubro de 2003, na cidade de Mérida, no México.

O Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção de Mérida por meio do Decreto Legislativo nº. 348, de 18 de maio de 2005 e, por meio do Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, a Convenção foi promulgada, passando a vigorar no Brasil com força de lei. Assim, temos uma lei que regulamenta a cooperação jurídica internacional.

A cooperação jurídica internacional compreende medidas como citações, intimações, diligências para obtenção de provas, diligências para oitiva de pessoas, sequestro de bens e valores, dentre outras comumente cumpridas num processo para sua instrução, considerando que tais providências são tidas como necessárias tanto num processo brasileiro quanto num processo estrangeiro.

Dois princípios norteiam a cooperação jurídica internacional: o princípio da especialidade e o princípio da dupla incriminação.

O primeiro diz respeito à necessidade de sigilo sobre o conteúdo de documentos e de informações da investigação, bem como assevera que as provas não devem ser compartilhadas com o Estado solicitado para serem utilizadas em processos internos e distintos do da cooperação, exceto mediante autorização do Estado solicitante.

Já o princípio da dupla incriminação, como o próprio nome do princípio diz, tem a ver com a necessidade de incriminação da(s) conduta(s) investigada(s) por ambos os Países envolvidos na cooperação, solicitado e solicitante.

Geralmente, os pedidos de cooperação jurídica internacional têm prioridade de tramitação interna e de cumprimento efetivo devido à urgência inerente às diligências solicitadas, cuja efetivação depende de celeridade, sob pena de perdimento do próprio objeto do pedido de cooperação, dependendo da sua natureza, pois, de qualquer forma, vale ressaltar, as providências envolvem violação, restrição ou supressão de direitos da pessoa investigada, que não pode suportar tais medidas por tempo indeterminado, justamente pela preocupação com o tempo razoável de duração do processo.

A “carta rogatória” e o “auxílio direito” são os instrumentos através dos quais pode-se dar cumprimento aos pedidos de cooperação jurídica no Brasil. Temos as nossas regras sobre os procedimentos para tramitação e cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica, de modo que cada Estado pode adotar instrumentos e procedimentos próprios.

Compete ao STJ proferir o *exequatur* às cartas rogatórias, nos termos do artigo 105, I, i, da CF. *Exequatur* (que significa: execute-se) representa o desfecho do juízo de delibação positivo no Superior Tribunal de Justiça e que dizer que o que se pretende com a cooperação está apto a produzir efeitos no Brasil. Quem assina o *exequatur* é o Presidente do STJ, por força do artigo 2º, da Resolução nº 09/2005/STJ.

O STJ, em juízo de delibação, verifica os aspectos formais do pedido, além de verificar, excepcionalmente, a ordem pública, consistente, basicamente, na análise da soberania. Depois do *exequatur*, tem-se o início a execução do pedido estrangeiro.

II. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA PENAL ESTRANGEIRA PARA EXECUÇÃO DE PENA

Conforme MENDONÇA (2022, RB-2.8, n.p.), a homologação de sentença penal estrangeira para execução de pena seria o mesmo que transferência de condenação ou transferência de execução de pena e consiste no seguinte:

Pode-se dizer que a transferência de condenação ou transferência de execução de pena – no Brasil conhecida primordialmente como reconhecimento ou homologação de sentença penal estrangeira²⁰⁹ – ocorre quando se solicita a outro país que execute, como se fosse sua, uma condenação transitada em julgado, dando eficácia interna a um título executivo penal proferido no exterior. Ou seja, permite-se que o principal efeito positivo da sentença estrangeira – vale dizer, a pena aplicada – seja executado em outro país diverso daquele que proferiu a sentença.²¹⁰ Ao contrário

do instituto da *transferência de presos ou de pessoa condenada* – com caráter humanitário e exclusivamente no interesse do condenado (inclusive a depender de seu consentimento) – a *transferência de condenação* é admissível mesmo *contra* a vontade do imputado. Aqui, a finalidade é de assegurar a efetiva execução de uma sentença penal aplicada em outro país e cuja efetividade está em risco. Houve uma sentença de condenação, mas o Estado prolator se encontra impossibilitado de executar concretamente a pena aplicada porque o condenado se subtraiu à sua potestade punitiva. Justamente visando criar as condições para que a sanção não reste sem execução é solicitada a colaboração de outro Estado, o qual aceita ficar ele mesmo responsável pela execução da pena.²¹¹

O artigo 105, I, i, da Constituição Federal atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação de sentenças estrangeiras, procedimento este necessário para que as sentenças estrangeiras possam produzir efeitos no Brasil.

A transferência de condenação, portanto, é medida de cooperação jurídica internacional que tem início quando do recebimento pelas autoridades brasileiras do pedido de homologação de uma sentença condenatória estrangeira com trânsito em julgado cuja pena pretende-se ver executada no Brasil.

Esse pedido de cooperação sempre recebeu certa relutância no seu atendimento devido à impressão de que executar uma sentença penal estrangeira, atribuindo-lhe eficácia, afetaria a soberania do Estado solicitado na medida em que as decisões judiciais válidas no País são aquelas proferidas pelo Judiciário deste.

Daí o motivo pelo qual o artigo 9º do nosso Código Penal admitir a homologação de sentença penal estrangeira tão somente para efeitos civis.

Conforme CASTILHO (2008, p. 233-249), citando BASSIOUNI¹⁴⁶ e outros autores, para contornar esse impedimento legal, desenvolveram uma teoria de que a execução de uma sentença penal estrangeira teria natureza administrativa e não penal:

A transferência de execução de sentença penal estrangeira pressupõe obrigatoriamente que um Estado possa executar a sentença penal de outro Estado. Sendo a sentença penal manifestação muito forte da soberania estatal, todos os países relutam em admitir a eficácia da sentença penal estrangeira em seus territórios. Por isso a fórmula do art. 9.º é usual a todos os países. Para contornar o impedimento BASSIOUNI e outros autores (2004, p. 433) desenvolveram a teoria de que a execução de uma sentença penal estrangeira tem natureza administrativa, ou seja, não implica no reconhecimento do juízo penal. O raciocínio parte de uma ficção legal que separa a execução da sentença do reconhecimento do julgamento penal que deu causa à sentença.

¹⁴⁶ BASSIOUNI, Cherif. The “indirect enforcement system”: modalities of international cooperation in penal matters. *Nouvelles études pénales*. Association Internationale de Droit Penal, Èrès, n. 19, 2004.

O atual artigo 9º, do Código Penal brasileiro até hoje mantém a sua redação com os seus efeitos limitados, de modo a não admitir a cooperação para execução da pena proferida por Judiciário estrangeiro, ou seja, nenhuma deferência aos novos contornos da cooperação jurídica internacional, tudo em função da proteção da ordem pública, reflexo do princípio da soberania.

MENDONÇA (2022, RB-2.8) esclarece a evolução desse entendimento arcaico no Brasil até as novas impressões:

No Brasil, a transferência de condenação era, até recentemente, bastante limitada. Somente se admitia nos limitados efeitos do art. 9º do Código Penal, nos mesmos moldes do art. 12 do Código Penal italiano. Tais dispositivos não contemplavam a execução da pena principal proferida no exterior, fora de qualquer finalidade de cooperação internacional. Trata-se de tradição que remonta ao século XIX, em que se entendia que a aplicação de penas seria questão inerente à soberania e que somente as aplicadas pelos juízes nacionais, de acordo com a lei penal do Estado, poderiam ser cumpridas. Aplicava-se ao extremo a ideia de ordem pública, sendo que a lei penal representaria a mais pura ideia de soberania. Ou seja, partia-se de uma visão obsoleta de soberania, que sempre restringiu o cumprimento de penas aplicadas no estrangeiro, entendendo que isso afrontaria a ordem pública. Isso era um reflexo da ideia de que o juiz nacional sequer indiretamente poderia aplicar a lei penal estrangeira, em um verdadeiro “tabu de ordem pública”. Por isso, o Código Penal brasileiro somente reconhecia a eficácia de sentença penal estrangeira para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis e para sujeitá-lo à medida de segurança – portanto, apenas para efeitos secundários. Para o cumprimento de pena propriamente dito não se admitia o procedimento de homologação de sentença penal estrangeira. Até a edição da Lei nº13.445/2017, essa era a posição do STF, que entendia ser absolutamente vedado homologar sentença para cumprir pena privativa de liberdade, pois isso implicaria violação da soberania nacional. Adotava-se o princípio da territorialidade das penas, segundo o qual o Estado que condenou é o que deveria ordenar e executar sua punição. Apenas o país estrangeiro poderia cumprir eventual sentença penal prolatada no Brasil, se admitido pelo seu ordenamento, mas não se admitia a via inversa (Brasil reconhecendo sentenças estrangeiras).

De fato, em virtude da ausência de previsão nos tratados, os pedidos de cooperação jurídica internacional de transferência de execução de pena tramitam com fundamento no princípio da reciprocidade. Não obstante, agora já temos base legal para transferência de condenação na Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), e esse tem sido o entendimento do STJ. Então agora já temos lei para oferecer reciprocidade em casos análogos.

E continua MENDONÇA (2022, RB-2.8):

Assim, atualmente, abre-se a possibilidade de transferência de condenação – e, portanto, de homologação de sentença estrangeira – também para o cumprimento da pena principal estrangeira no Brasil.²²³ Exigir-se-á prévia submissão à homologação de sentença estrangeira pelo STJ, que irá conferir eficácia à sentença estrangeira e verificar sua compatibilidade com o nosso ordenamento, nos termos do art. 105, inc. I, alínea i, da Constituição Federal.²²⁴ Não previu a Lei nº 13.445/2017 o procedimento para adaptação da sentença penal estrangeira ao nosso ordenamento (imagine-se pena aplicada no exterior que não exista em nosso ordenamento jurídico

ou em lapso diverso do aqui previsto), o que certamente trará dificuldades e questionamentos.

Mesmo com o advento da Lei de Migração prevendo expressamente a “transferência de execução de pena”, a lei não tratou do procedimento interno de efetividade de aplicação e adequação da pena estrangeira, o que certamente será motivo de discussões e entraves, principalmente ainda sob o fundamento de violação à ordem pública e, conseqüentemente, à soberania do País.

Essa resistência já é percebida, tendo em vista que é bem recente no Brasil a transferência de condenação, que é efetivada através da homologação da sentença estrangeira para cumprimento de pena (e não somente para aplicação de efeitos civis da condenação). MENDONÇA (2022, RB-2.8) até sugere uma alternativa para que os entraves sejam ultrapassados:

Diante desse panorama, a transferência de processos pode se mostrar uma medida mais eficaz que a transferência da condenação, ao evitar futuras discussões. Em outras palavras, quando já se antever uma situação em que será necessária, no futuro, a transferência da condenação para outro país, pode se mostrar mais eficiente e mais consentâneo com os interesses da administração da justiça ocorrer a transferência de processos, de maneira antecipada. Inclusive, a doutrina aponta que a transferência de processos, em geral, mostra-se preferível à transferência de condenação, pois não implica problemas quanto à adaptação da pena aplicada.²³⁰ De qualquer sorte, o certo é que a questão deve estar, desde o início da persecução, na mente dos operadores, para avaliação, no caso concreto, da melhor opção à luz dos interesses da administração da justiça.

A sugestão do autor Andrey Borges de Mendonça parece um tanto pessimista ao sugerir a utilização da transferência de processo antes da fase de execução da pena, internalizando o próprio processo estrangeiro antes da sentença penal condenatória que, sendo proferida por juiz brasileiro (destinatário final do processo transferido) não haveríamos de falar em homologação de sentença estrangeira para fins de execução penal.

Com o advento da Lei de Migração e a expressa previsão legal da transferência de condenação resta inevitável reconhecer que agora a lei brasileira autoriza a cooperação jurídica internacional para transferência de execução de pena.

III. O ARTIGO 100 DA RECENTE LEI BRASILEIRA DE MIGRAÇÃO E SUA NATUREZA JURÍDICA

É a seguinte a redação da seção da Lei de Migração que trata da transferência de execução da pena:

Seção II

Da Transferência de Execução da Pena

Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a transferência de execução da pena será possível quando preenchidos os seguintes requisitos:

I - o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil;

II - a sentença tiver transitado em julgado;

III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação;

IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e

V - houver tratado ou promessa de reciprocidade.

Art. 101. O pedido de transferência de execução da pena de Estado estrangeiro será requerido por via diplomática ou por via de autoridades centrais.

§ 1º O pedido será recebido pelo órgão competente do Poder Executivo e, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para decisão quanto à homologação.

§ 2º Não preenchidos os pressupostos referidos no § 1º, o pedido será arquivado mediante decisão fundamentada, sem prejuízo da possibilidade de renovação do pedido, devidamente instruído, uma vez superado o óbice apontado.

Art. 102. A forma do pedido de transferência de execução da pena e seu processamento serão definidos em regulamento.

Parágrafo único. Nos casos previstos nesta Seção, a execução penal será de competência da Justiça Federal.

Pois bem, agora temos disciplina legal a respeito da matéria. E muito embora a lei não disponha sobre regras procedimentais, já rebatendo algumas críticas, o artigo 102 da lei prevê o regramento a ser definido mediante regulamentação.

Recentemente, a lei tem sido alvo de comentários dos mais variados dentre os juristas em virtude do julgamento no STJ da homologação da sentença condenatória italiana do jogador brasileiro de futebol Robinho. Ele que foi condenado definitivamente em 2017 na Itália por crime de estupro ocorrido naquele País em 2013.

O STJ homologou a sentença penal condenatória estrangeira¹⁴⁷, apesar dos argumentos interessantes da defesa no sentido da impossibilidade de aplicação da lei ao caso envolvendo o atleta de modo a não ser possível a homologação para que ele pudesse cumprir a pena italiana no Brasil, principalmente porque os fatos que o incriminaram são de 2013 e a Lei de Migração de 2017, não podendo esta última retroagir, por ser lei penal.

O acórdão do STJ ficou assim ementado:

¹⁴⁷ STJ valida sentença da Itália que condenou Robinho por estupro.

EMENTA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. TRANSFERÊNCIA DE EXECUÇÃO DE PENA SOLICITADA PELO GOVERNO DA ITÁLIA (LEI N. 13.445/2017, ART. 100). PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DO PROCESSO INTEGRAL ESTRANGEIRO. MÉRITO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 963 DO CPC, C/C OS ARTS. 216-C, 216-D E 216-F DO RISTJ E ART. 17 DA LINDB. CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE PENA DE BRASILEIRO NATO. VEDAÇÃO BIS IN IDEM NO PLANO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DA LEI DE MIGRAÇÃO A BRASILEIRO NATO. POSSIBILIDADE. RETROATIVIDADE LEI DE MIGRAÇÃO. POSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA. NORMA CONVENCIONAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À ORDEM PÚBLICA NÃO DEMONSTRADAS. NULIDADE PROCESSUAL. JUÍZO DE DELIBERAÇÃO. CITAÇÃO REGULAR E AMPLA DEFESA EXERCIDA NO PAÍS DE ORIGEM. SENTENÇA ESTRANGEIRA HOMOLOGADA. CUMPRIMENTO IMEDIATO DA CONDENAÇÃO. I - Preenchidos os requisitos legais e regimentais, na forma dos arts. 963 do CPC/15 e 216-C, 216-D e 216-F do RISTJ, impõe-se a homologação da decisão estrangeira com a transferência da execução da pena privativa de liberdade imposta pela Justiça italiana ao nacional brasileiro. II - A transferência da execução de pena não viola o núcleo do direito fundamental contido no art. 5º, LI, da CF, pois não há entrega de brasileiro nato condenado criminalmente para cumprimento de pena em outro país. III - A Lei n. 13.445/2017, em seu art. 100, autoriza a transferência da execução da pena imposta no exterior tanto a brasileiros, natos ou naturalizados, quanto a estrangeiros que tiverem residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil, a fim de evitar, com isso, a impunidade de brasileiros natos condenados no exterior, não sujeitos à extradição. **IV - O disposto no art. 100 da Lei n. 13.445/2017 aplica-se aos fatos anteriores a sua vigência por se tratar de norma de cooperação internacional em matéria penal. Precedentes do STF e STJ (HDE 2.093/PT, relator Ministro João Otávio de Noronha, 17/5/2019.)** V - O sistema de contenciosidade limitada adotado pelo Brasil em matéria de homologação de sentença penal estrangeira impede a rediscussão do mérito da ação penal que resultou na condenação do cidadão brasileiro. VI - A Lei n. 13.445/2017, ao permitir a transferência de cumprimento de pena, representa uma maior efetividade dos princípios da razoável duração do processo, evitando a incidência do bis in idem internacional. VII - Pedido de homologação de sentença estrangeira julgado procedente. Cumprimento imediato da condenação. GN

Assim, um dos pontos da decisão, e o mais polêmico, diz respeito à (ir)retroatividade do artigo 100 da Lei de Migração, que o STJ entendeu que teria natureza jurídica de norma de cooperação jurídica internacional e não de penal.

A defesa insistiu nessa tese de que o dispositivo teria natureza penal e por isso não poderia retroagir para abarcar o caso do atleta porque os fatos pelos quais ele foi condenado são de 2013.

Nesse ponto, assim o Ministro relator resumiu o pedido da defesa acórdão:

A defesa igualmente destaca a "impossibilidade da Lei de Migração ser aplicada ao caso concreto, lastreado no inafastável princípio constitucional da irretroatividade da nova lei penal mais gravosa", pois "o fato jurídico sub judice é datado do ano de 2013, ao passo que a Lei de Migração integrou o ordenamento jurídico brasileiro somente

no ano de 2017, impondo-se, de pronto, a conclusão quanto a irretroatividade da *novatio legis in pejus*".¹⁴⁸

Por sua vez, sustentando a possibilidade de retroatividade da lei nova, o parecer do MPF foi o seguinte nesse ponto:

Igualmente, carece de razão a premissa defendida pelo requerido no sentido de que aplicar a Lei de Migração, no presente caso, corresponderia a retroatividade de lei penal nova mais severa.

O art. 100 da Lei nº 13.445/2017, atacado em contestação por possibilitar a transferência da execução da pena, não pode ser qualificado como norma jurídica penal, na medida em que não define crime ou estabelece sanções, tampouco disciplina a aplicação e os limites de normas incriminadoras.

O principal objeto da regra em referência é a cooperação jurídica internacional entre o Brasil e Estados estrangeiros, disciplinando instrumento para conferir eficácia interna à sentença penal proferida fora do país. Logo, o procedimento de homologação da decisão alienígena em si e sua respectiva regulamentação não são dotados de natureza penal, pois visam à ratificação de título executivo estrangeiro pela jurisdição brasileira. No caso, os procedimentos penais têm lugar antes e depois do exercício da pretensão homologatória, que difere da punitiva (a persecução penal é efetivada no exterior e, após a homologação da sentença condenatória, inicia-se a execução penal no Brasil).

Por conseguinte, as normas da Lei de Migração são aplicáveis ao presente pedido homologatório desde a data de entrada em vigor do referido diploma, tendo em vista a regra do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a incidir, na hipótese, o princípio do *tempus regit actum*, não da *novatio legis in pejus*, diferentemente do sustentado em contestação.¹⁴⁹

E a decisão do STJ sobre se a lei nova retroagiria ou não, tendo em vista a sua natureza jurídica, se de norma penal ou não, foi a seguinte:

DA APLICAÇÃO DA LEI N. 13.445/2017 A FATOS PRETÉRITOS

O requerido sustentou que a aplicação da Lei n. 13.445/2017 ao caso concreto violaria o "princípio constitucional da irretroatividade da nova lei penal mais gravosa".

O argumento não subsiste ante a natureza jurídica da cooperação internacional.

O Egrégio Supremo Tribunal já decidiu que as normas sobre cooperação internacional em matéria penal não têm natureza criminal, o que permite a aplicação imediata conforme art. 6º da LINDB.

Com isso, a norma de cooperação internacional pode ser "imediatamente aplicável, seja em benefício, seja em prejuízo do extraditando" (STF, EXT 938, relator Ministro Ayres Britto, 3/3/2005. No mesmo sentido: STF, EXT 1.675, relator Ministro Alexandre de Moraes, 8/2/2022.)

Vejam-se também:

I. Extradicação: lei ou tratado: aplicabilidade imediata. 1. As normas extradicionais, legais ou convencionais, não constituem lei penal, não incidindo, em consequência, a vedação constitucional de aplicação a fato anterior da legislação penal menos favorável.

II. Extradicação executória: condenação à revelia no Itália: admissibilidade. 2. Independentemente da aplicabilidade ao caso da parte final do art. V do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Itália, segundo o direito extradicional brasileiro, não impede, por si só, a extradicação que o extraditando tenha sido condenado à revelia no Estado requerente.

[...]

(EXT 864, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe 29/8/2003.)

¹⁴⁸ STJ - HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA Nº 7986 - EX (2023/0050354-7) RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO. PUBLICADO EM 22.03.2024.

¹⁴⁹ STJ - HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA Nº 7986 - EX (2023/0050354-7) RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO. PUBLICADO EM 22.03.2024.

EXTRADIÇÃO. CONDENAÇÃO À PENA DE UM ANO PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE ABUSO DE CONFIANÇA, FALSIFICAÇÃO E USO DE CHEQUES FALSIFICADOS. SUPERVENIÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO QUE ESTABELECE IMPEDIMENTO À CONCESSÃO DO PEDIDO, QUANDO O RESTANTE DA PENA A SER EXECUTADA É INFERIOR A DETERMINADO PERÍODO. Na linha da jurisprudência desta egrégia Corte, o Tratado de extradição, superveniente ao pedido, é imediatamente aplicável, seja em benefício, seja em prejuízo do extraditando.

[...]

(STF, EXT 937, relator Ministro CARLOS BRITTO, DJe 1/7/2005)

Na mesma linha, foi a decisão do eminente Ministro Alexandre de Moraes, ao pontuar "que o art. 75 do Código Penal, na redação dada pela Lei 13.964/19, representa norma de natureza processual penal, notadamente se debruçando acerca da execução da pena, sendo permitida sua aplicação imediata. Por essa razão, não se aplica, quanto à referida modificação, o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 1º do CP e art. 5º, incisos XXXIX e XL, da CF/88)" (STF, EXT 1.645, 21/6/2021.)

O Superior Tribunal de Justiça já aplicou a Lei de Migração a fatos praticados anteriormente a sua vigência. Trata-se da HDE n. 2.093/PT, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha. No caso, deferiu-se a transferência de execução da pena relativa a crimes cometidos no exterior, cujas decisões transitaram em julgado em 22/2/2010 e 13/4/2012. Tal decisão foi encampada pelo Supremo Tribunal Federal em decisão monocrática do eminente Ministro Gilmar Mendes que assentou a validade dos títulos nos seguintes termos: "os títulos judiciais objeto deste processo foram efetivamente homologados pelo STJ, sendo plenamente exigíveis e exequíveis no país" (EXT 1.469).

Por conseguinte, as normas da Lei de Migração são aplicáveis ao presente pedido homologatório desde a data de entrada em vigor do referido diploma, tendo em vista a regra do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a incidir, na hipótese, o princípio do tempus regit actum, não da novatio legis in pejus, diferentemente do sustentado em contestação.

Portanto, como se observa, perfeitamente aplicável a Lei de Migração ao caso concreto.

Portanto, a respeito da natureza jurídica do artigo 100 da Lei de Migração, o STJ entendeu tratar-se de norma de cooperação jurídica internacional em matéria penal e não de norma de natureza criminal.

Com esse entendimento, restou superada a discussão, pelo menos com relação ao julgamento do STJ sobre a matéria, porém, longe de superada a discussão no campo da doutrina penal e de cooperação jurídica internacional.

IV. O ARTIGO 9º DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E SUA NATUREZA JURÍDICA, QUE NÃO É PENAL

Dispõe o artigo 9º do Código Penal o seguinte:

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II - sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único - A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

A matéria do artigo 9º, que originariamente era tratada no artigo 7º do Código Penal de 1940, não havia sido abordada na legislação penal no Brasil até então.

Historicamente, a cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil passou a ocupar espaço no âmbito do ordenamento jurídico penal brasileiro principalmente a partir de 1940, com o advento do Código de Processo Penal e do Código Penal, tendo ambos os estatutos contemplado, ainda que bem discretamente, matéria de cooperação jurídica internacional.

MENDONÇA (2022, p. V, e-book) faz a seguinte registro:

Por muito tempo se entendeu que violação à lei penal era assunto estritamente local e doméstico, de interesse apenas daquele país atingido pelo crime. Em consequência, a persecução penal deveria ser estritamente nacional e interna, centralizada no país onde ocorreu o delito (*locus commissi delicti*). Essa postura, baseada no princípio da territorialidade da persecução, fazia sentido em contexto no qual praticamente toda atividade criminal tinha origem e produzia seus efeitos apenas ou primordialmente em âmbito local. Nessa época, em consequência, a cooperação internacional era excepcional e guiada por interesses exclusivos de um único Estado, sendo que, em geral, se cooperava apenas por cortesia. Era o chamado *modelo soberanista* de cooperação internacional, baseado em uma concepção tradicional de soberania, marcado pela desconfiança dos Estados, em que há completa desconsideração dos direitos fundamentais do imputado.¹ Nesse contexto é editado o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro.

Referido autor faz menção ao CPP, mas na mesma época entrava em vigor no Brasil o atual Código Penal (1940), que trouxe em seu texto a matéria tratada agora no artigo 9º¹⁵⁰, que diz respeito a cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Na redação do dispositivo, o legislador parece ter seguido o tradicional entendimento de preservação da ordem pública e da soberania não autorizando (implicitamente) a execução no Brasil de pena aplicada por sentença estrangeira.

A professora DENISE NEVES ABADE, sendo citada por MENDONÇA (2022, p. V, e-book), esclareceu sobre esse entendimento:

Como a ideia era de desconfiança entre os Estados, há grande tensão entre o exercício da persecução penal pelo Estado requerente e a defesa da soberania pelo Estado requerido. Esse soberanismo podia redundar em uma cooperação desigual, pautada pela obediência a um conjunto de valores de um dos Estados, sob pena de a cooperação Internacional não se realizar (ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59)

Assim, ao mesmo tempo em que o legislador, em meados do século XX, deu início (modesto início) à inclusão da cooperação jurídica internacional em matéria penal no

¹⁵⁰ A matéria hoje tratada no artigo 9º constava no texto original no 7º do Código Penal de 1940.

ordenamento jurídico brasileiro através do advento dos códigos Penal e de Processo Penal, a influência da ideia de defesa da soberania ainda estava encrustada.

Parece que o dispositivo do Código Penal autoriza a homologação de sentença penal condenatória estrangeira tão somente nas hipóteses de cumprimento ou execução dos efeitos civis da sentença e execução de medidas de segurança.

No entanto, certo é que não houve vedação expressa no artigo 9º do Código Penal de homologação de sentença penal condenatória estrangeira para cumprimento de pena no Brasil. Essa omissão de indicação expressa levou e tem levado à interpretação de que a homologação de sentença estrangeira para execução da pena não teria sido autorizada pelo Código Penal, ou melhor, que teria sido proibida, como se o dispositivo elencasse essas duas hipóteses (de homologação de execução dos efeitos civis da sentença e execução de medidas de segurança) em detrimento de qualquer outra, principalmente a de homologação de sentença estrangeira para cumprimento da pena.

Contudo, em que pese a inclinação majoritária da doutrina penalista no sentido de que o artigo 9º do Código Penal teria vedado a cooperação jurídica internacional em matéria penal para homologar sentença condenatória estrangeira para execução de pena, na realidade, o dispositivo simplesmente elencou duas hipóteses apenas de homologação, sem autorizar ou desautorizar expressamente a homologação de sentença estrangeira para cumprimento de pena no Brasil, cuja permissão expressa somente surgiu com o advento da Lei de Migração de 2017. De fato, a previsão expressa só veio com a Lei de Migração.

Assim, a respeito da natureza jurídica do artigo 9º do Código Penal, forçoso reconhecer que se trata de dispositivo de cooperação jurídica internacional e não de natureza criminal, assim como o artigo 100 da Lei de Migração, muito embora integre o corpo do texto do Código Penal, no Capítulo I, que dispõe sobre a aplicação da lei penal.

Se o artigo 100 da Lei de Migração, que expressamente trata de homologação de sentença penal condenatória estrangeira para o fim de execução da pena, na perspectiva do entendimento do STJ, teve sua natureza jurídica declarada como sendo norma de cooperação jurídica internacional em matéria penal, com muito mais razão o artigo 9º do Código Penal merece essa classificação, pois trata tão somente da homologação de sentença penal condenatória estrangeira para o cumprimento de efeitos civis e medidas de segurança. É de perfeita aplicação no caso, portanto, o brocardo latino *a maiori, ad minus*: o que é válido para o mais, deve necessariamente prevalecer para o menos.

O artigo 100 da Lei de Migração, que trata de homologação de sentença estrangeira para execução de pena foi considerado norma de cooperação jurídica internacional em matéria

penal. Obviamente que o artigo 9º do Código Penal, que trata de homologação de sentença estrangeira para execução de efeitos civis e medidas de segurança também assim deve ser considerado.

Aliás, não há discrepância ou conflito entre os dois dispositivos, na medida em que um complementa o outro. De um lado, o artigo 9º do Código Penal tratando de homologação de sentença penal condenatória em duas determinadas hipóteses, e o artigo 100 da Lei de Migração tratando de outra hipótese, ou melhor, mais uma.

Tanto que o próprio artigo 100 da Lei de Migração expressamente disciplina o assunto da homologação de sentença estrangeira “Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)”.

Nesse sentido, o artigo 100 da Lei de Migração (seja por ser lei posterior, seja por ser lei específica) não revoga o artigo 9º do Código Penal, pois ambos os dispositivos disciplinam a mesma matéria de modo que um complementa o outro, sem nenhuma discrepância entre o que restou disciplinado, sem nenhum conflito entre as leis.

Curiosamente, o anteprojeto do novo¹⁵¹ Código Penal, elaborado pela Comissão criada pelo Requerimento nº 756, de 2011, do então Senador Pedro Taques (do Mato Grosso), em seu texto inicial, contemplou a matéria reunindo num mesmo dispositivo (no seu artigo 10) tanto as hipóteses de cooperação jurídica internacional em matéria penal para homologação de sentença penal condenatória hoje constante do artigo 9º do Código Penal, como também as hipóteses do artigo 100 da Lei de Migração.

É a seguinte a redação do artigo do anteprojeto do Código Penal ainda em trâmite no Congresso Nacional:

Sentença estrangeira

Art. 1-. A sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil para produzir os mesmos efeitos de condenação previstos pela lei brasileira, inclusive para a sujeição à pena, medida de segurança ou medida socioeducativa e para reparação do dano.

§1º. A homologação depende:

- a) de pedido da parte interessada;
- b) da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça ou da Mesa do Congresso Nacional.

§2º. Não dependem de homologação as decisões de corte internacional cuja jurisdição foi admitida pelo Brasil

Interessante é a exposição de motivos específica desse artigo 10 do anteprojeto, que diz o seguinte:

¹⁵¹ O anteprojeto é de 2011 e ainda está em tramitação no Congresso nacional.

A sentença penal estrangeira e internacional. O anteprojeto ora oferecido ao Senado Federal amplia os efeitos que a sentença estrangeira poderá produzir no país, equiparando-os às sentenças brasileiras. Longe foram os tempos nos quais se entendia que estes efeitos versavam tema sensível à soberania nacional. Ao contrário, atualmente se busca a mais ampla *cooperação jurídico-penal entre as nações*, servindo, a vetusta restrição do atual Código Penal (que admite apenas efeitos civis da decisão estrangeira ou a sujeição de alguém a medida de segurança), para fazer de nosso país valhacouto da criminalidade internacional, alcançável apenas nos termos de tratados de extradição, sem poder, aqui, cumprir a pena. Para resguardar nossa ordem pública, formada também por valores constitucionais essenciais como o processo justo, a ampla defesa, a humanidade das penas e a vedação de qualquer tratamento desumano ou degradante, as sentenças penais estrangeiras deverão se submeter à homologação judicial, confiada ao Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe outorgar ou negar o *exequatur*. Atendido este requisito, a sentença estrangeira poderá ser cumprida em todos os seus termos, em nosso país. A eficácia desta sentença dependerá de pedido da parte interessada, bem como da existência de tratado de extradição com o país prolator da decisão. A falta de tratado poderá ser suprida por requisição do Ministro da Justiça – aqui sim, perfeitamente cabível, em face da comum exigência da *reciprocidade*, legitimação ampliada para a Mesa do Congresso Nacional. Cumpre aduzir que a proposta distingue sentença *estrangeira* de sentença *internacional*, esta proveniente de tribunais internacionais cuja jurisdição for reconhecida pelo Brasil e que, portanto, não dependerão de homologação.¹⁵²

O anteprojeto do Código Penal consubstancia mais uma prova de que a tendência do legislador é reconhecer a importância da cooperação jurídica internacional como um todo, em matéria penal em especial, distanciando-se das obsoletas impressões de necessidade de defesa da soberania e proteção da ordem pública do passado.

O anteprojeto ainda prova a natureza jurídica de norma de cooperação jurídica internacional em matéria penal e não de norma criminal do texto legal (atual artigo 9º do Código Penal), apesar do espaço que o legislador resolveu inserir a matéria que, a bem da verdade, não deveria estar inserida no Código Penal e sim em legislação própria e específica de cooperação jurídica internacional.

Além disso, o anteprojeto PL-881/2022, apensado ao PL-7987/2010, também em trâmite no Congresso Nacional, representa mais um avanço no sentido da criação de lei específica de cooperação jurídica internacional em matéria penal. A fim de ilustrar esse avanço, segue a transcrição do artigo 780-E do referido anteprojeto:

Art. 780-E. O pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal será executado pelas seguintes modalidades:
I - auxílio direto;
II - carta rogatória;
III - transferência de investigação ou de processo penal;
IV - homologação de sentença estrangeira, inclusive para transferência de execução da pena, nos termos da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017;
V - extradição, nos termos da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017;

¹⁵² Anteprojeto do novo Código Penal. Migalhas. 2012. P. 191.

VI - transferência de pessoas condenadas, nos termos da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017;

VII - outros mecanismos admitidos em tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

Parágrafo único. A cooperação jurídica internacional será prestada em investigação ou ação penal de fato que configure infração penal que o Brasil se obrigou a reprimir por tratado, ou com base em promessa de reciprocidade.

GN

Nesse caso, importante observar que o anteprojeto acima referido acrescenta a matéria no Código de Processo Penal, o que reforça o entendimento do STJ de que realmente a natureza jurídica do artigo 100 da Lei de Migração, bem como do artigo 9º do Código Penal, não é de norma de direito material penal, como se tem defendido.

E o artigo 9º do Código Penal que sempre recebeu atenção discreta por parte da comunidade jurídica, agora com o julgamento pelo STJ do caso Robinho, assumiu papel importante na discussão a respeito da cooperação jurídica internacional em matéria penal para homologação de sentença estrangeira para cumprimento de pena no Brasil.

CONCLUSÃO

A compreensão da importância da cooperação jurídica internacional em matéria penal tem evoluído no País. A passos curtos, mas tem havido avanço. A discussão acerca da natureza jurídica de dispositivos legais aparentemente penais, mas que eminentemente de cooperação jurídica internacional em matéria penal, tem fomentado a ideia da necessidade de regulamentação própria através de legislação específica.

A dogmática da cooperação jurídica internacional em matéria penal ainda é incipiente no Brasil, o que provoca dificuldade de se estabelecer uma classificação adequada quanto à natureza jurídica de dispositivos legais de cooperação jurídica internacional em matéria penal não raramente classificados como de natureza jurídica diversa justamente em função de entendimentos arcaicos de proteção da ordem pública e defesa da soberania que sempre permearam desde sempre o assunto no Brasil.

Casos de repercussão nacional como o do jogador de futebol Robinho induzem a essa discussão, que faz chamar a atenção acerca da importância do tema, pois a comunidade jurídica tem se manifestado em sentidos nem sempre uniformes, sendo certo que a maioria dos penalistas optaram pela atribuição de natureza jurídica penal aos dispositivos invocados e, por outro lado, os especialistas em cooperação jurídica internacional afirmam natureza jurídica diversa a tais dispositivos.

REFERÊNCIAS

ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL. Migalhas. 2012.

CASTILHO, Ela Wieckov V. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. Publicado na RBCCRIM, mar./abr., 2008, v. 16, n. 71, p. 233-249.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Cooperação internacional no processo penal: a transferência de processos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, versão em e-book.

PROPUESTA METODOLÓGICA PARA EL ANÁLISIS DE PLANIFICACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA: EL CASO DE PLANES DE DESARROLLO TURÍSTICO

PROPOSTA METODOLÓGICA PARA ANÁLISE DO PLANEJAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA: O CASO DOS PLANOS DE DESENVOLVIMENTO TURÍSTICO

METHODOLOGICAL PROPOSAL FOR THE ANALYSIS OF PUBLIC MANAGEMENT PLANNING: THE CASE OF TOURISM DEVELOPMENT PLANS

Gustavo Markier¹⁵³

Resumen: ¿Es posible elaborar una visualización comparada de las modalidades de intervención del Estado, en sus diferentes niveles institucionales? ¿Cómo construir la imagen del Estado que se plasma en su propia discursividad? El objetivo es compartir la síntesis de una metodología que permite analizar planificación estatal; en este caso de planes de desarrollo de turismo de las provincias argentinas de Jujuy y Mendoza entre 2001 y 2011. A partir de dicho abordaje, nos proponemos identificar categorías analíticas que puedan generar dimensiones comparables entre diferentes planes. E identificar datos que permitan mapear las dimensiones encontradas traducidas a esquemas cuyas representaciones gráficas, también susceptibles de comparación, expresen las modalidades de intervención del Estado plasmadas en sus planes sobre el turismo.

Palabras clave: Planificación. Análisis semiótico. Turismo. Gestión. Evaluación.

Resumo: É possível desenvolver uma visualização comparativa das modalidades de intervenção do Estado nos seus diferentes níveis institucionais? Como construir a imagem do Estado que se reflète no seu próprio discurso? O objetivo é partilhar a síntese de uma metodologia que permita a análise do planeamento estatal; neste caso, planos de desenvolvimento turístico para as províncias argentinas de Jujuy e Mendoza entre 2001 e 2011. Com base nesta abordagem, pretendemos identificar categorias analíticas que possam gerar dimensões comparáveis entre diferentes planos. E identificar dados que permitam mapear as dimensões encontradas traduzidas em diagramas cujas representações gráficas, também

¹⁵³ Representaciones de las intervenciones y roles del Estado en el ámbito del turismo de la República Argentina, entre los años 2001-2020. Tesis de Doctorado. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. 2022. https://www.academia.edu/127935977/Markier_Tesis_Doctorado_PhD_Thesis_2022

passíveis de comparação, expressem as modalidades de intervenção do Estado refletidas nos seus planos acerca do turismo.

Palavras-chave: Planejamento. Análise semiótica. Turismo. Gestão. Avaliação.

Abstract: Is it possible to create a comparative visualization of the modalities of State intervention at different institutional levels? How to construct the image of the State that is reflected in its own discourse? The objective is to share the synthesis of a methodology that allows the analysis of State planning; in this case, of tourism development plans for the Argentine provinces of Jujuy and Mendoza between 2001 and 2011. Based on this approach, we propose to identify analytical categories that can generate comparable dimensions between different plans. And to identify data that allow the mapping of the dimensions found translated into schemes whose graphic representations, also susceptible to comparison, express the modalities of State intervention reflected in its plans on tourism.

Keywords: Planning. Semiotic analysis. Tourism. Management. Evaluation.

INTRODUCCIÓN

En el marco de la gestión de un territorio y la implementación de una política de turismo sustentable público-privada, la elaboración de planes de desarrollo y el consecuente seguimiento de su evolución constituyen acciones claves.

La enunciación de objetivos debe ser acompañada por la capacidad de gestión a través de instrumentos de que permitan medir el devenir de los procesos y validar los estados de avance, la identificación de oportunidades de mejora y la interacción sistémica entre las partes involucradas.

A continuación, se comparte una síntesis de una propuesta metodológica de análisis de discurso comparado de planes de desarrollo; en esta oportunidad enfocado en el sector turístico, que nos permite una serie de visualizaciones sobre la dinámica evolutiva, identificando los ejes que representan oportunidades donde los decisores pueden actuar en función de optimizar la gestión. Se incluye información publicada en

I. LA PLANIFICACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA

En palabras de Oscar Oszlak, la planificación es la actividad que intenta ensamblar y orientar la acción social hacia la satisfacción de determinados objetivos (o políticas, en términos más restrictivos), fundamentalmente mediante la aplicación de criterios de racionalidad técnica (Oszlak, 1980).

En el Glosario del Plan Federal Estratégico de Turismo Sustentable (PFETS) Argentina 2016, publicado en junio de 2005, la definición de Plan es la siguiente:

(...) Un Plan es un proceso integrado de actuaciones, abarcativo de todas las facetas de la materia a planificar (en este caso el turismo), y que orienta el alcance de sus metas tanto en el corto, como en el mediano y el largo plazo.

En tal carácter, desde hace medio siglo, se ha progresado de la idea de Plan estático, fijo, que pretende predefinir todo lo que acontecerá, a la idea de “Plan proceso”, que en realidad orienta criterios y acciones en el marco de la máxima previsibilidad o certidumbre posible, pero que posee instrumentos de monitoreo, y ajuste permanente (por su propia construcción sistémica) tales que, sin perder sus metas esenciales, pueda adecuar sus actuaciones a las modificaciones del contexto.

Se trata entonces de un proceso planificado, que se prepara para incorporar las altas incertidumbres de todo proceso complejo (cambios políticos, económicos, sociales, naturales, etc.) pero que, por esa misma plasticidad no prepotente, puede mantenerse sustentable en un lapso de tiempo mucho mayor (...)

Los planes están compuestos por programas, estructurados en líneas de acción vinculadas por ejes temáticos comunes. A su vez, dichos programas se configuran a través de una serie de acciones denominadas actuaciones. Por lo tanto, la unidad mínima que propongo dentro del sistema de intercambio discursivo mediático (Fernández, 2021, p. 311) “plan” es la actuación.

II. ANÁLISIS SINCRÓNICO DE LOS PLANES DE DESARROLLO DE TURISMO DE PROVINCIAS ARGENTINAS – 2001/2011 - COMPARACIÓN ENTRE LOS DIFERENTES PLANES

El Plan de Desarrollo de Turismo comprendido y restringido exclusivamente a sus manifestaciones discursivas opera como un nodo inserto en múltiples redes. Proponemos una visión que abra una perspectiva de lectura de redes complejas de significación.

La propuesta es continuar un recorrido a través de las diferentes dimensiones que, a nuestro entender, articulan una red de acciones y discursos que relacionan la comunidad, el estado y el mercado. El recorte necesario que debemos hacer para poder abordar este objeto de estudio implicará, en este caso, considerar el rol del Estado y la cadena comercial del sector turismo comprendida desde su faz receptiva, como el resultado del consumo de una serie de servicios y productos: pasajes aéreos, alojamiento en hoteles y todo tipo de prestaciones turísticas resueltas en diferentes territorios de la Argentina.

En el mercado se encuentra la cadena de comercialización (o *cluster* productivo) que está compuesta por: las agencias de viajes receptoras minoristas, los operadores de turismo

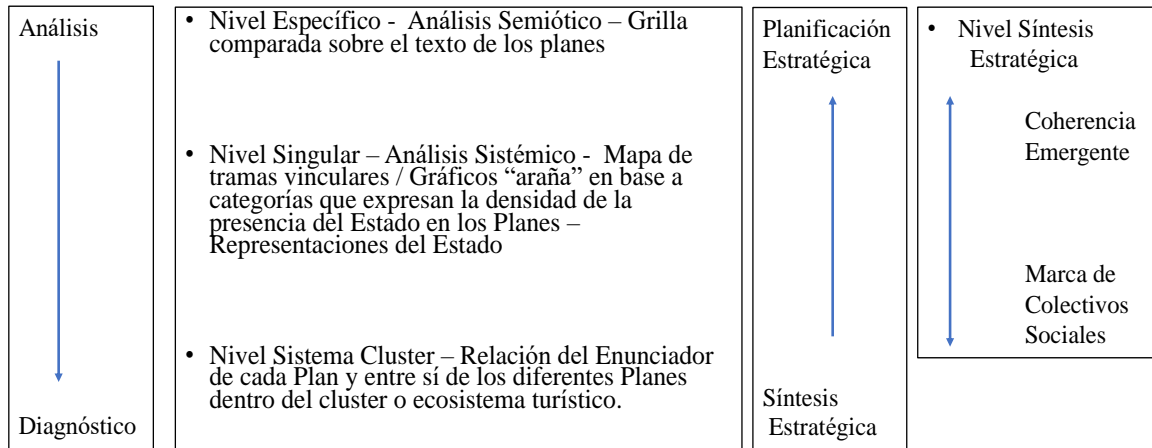
receptivo mayoristas que brindan servicios como excursiones y traslados, líneas aéreas, hoteles en los lugares de destino, tanto de carácter independiente como agrupados en cadenas, los proveedores de las agencias de viajes minoristas del exterior, las OTAs (*On Line Travel Agencies* – empresas de e-commerce de viajes), guías de turismo, transportistas, gastronomía, entre otros actores.

También integra el mercado el público final (que es atendido por el segmento minorista), los medios de prensa digitales e impresos específicos del sector turístico, los medios masivos digitales e impresos que cuentan con suplementos de turismo, los actores como las cámaras sectoriales (como la Asociación Argentina de Agencias de Viajes, las cámaras hoteleras, la junta de representantes de las líneas aéreas, etc.), los sectores del estado, como el Ministerio de Turismo de la Nación y los organismos específicos de turismo dependientes de cada provincia y cada municipio. También integran este universo los entes que promueven los destinos, de carácter estatal, privado o mixto.

En el primer nivel de abordaje vamos a visualizar este universo a partir de un esquema que nos va a permitir leer los flujos comunicacionales entre los diferentes actores y cómo se relacionan entre sí. De ese modo, es posible diferenciar cualitativamente el posicionamiento de los planes de desarrollo de turismo entre sí. Ese posicionamiento relativo se "acerca a" o se "aleja de" una mayor o menor complejidad en términos de siluetas y rol del Estado en función de las variables que analicemos.

En el siguiente gráfico proponemos un esquema simplificado de visualización. Al esquema similar precedente, se le adiciona el Nivel Síntesis Estratégica (columna a la derecha). Es un puente hacia una intervención operativa, a partir de la identificación de conceptos y valores en común, base de constitución de una marca de colectivos sociales.

Metodología



En nivel superior, que denominamos Específico, se selecciona el *corpus* de paquetes textuales con formato de género P o L, en términos de Eliseo Verón, adaptados según nuestra interpretación, sobre los cuales se realiza un análisis identificando las operaciones diferenciales.

Según las redes únicas de relaciones establecidas en cada caso –plan–, se elaboran una o varias grillas de comparación, para destilar aquellos rasgos que pueden contribuir a la construcción de la identidad y diferenciación de cada plan.

En el nivel medio, que denominamos Singular, a partir de los resultados parciales del nivel Específico se elabora una matriz que permite construir una descripción comparativa a que permite visualizar las diferencias entre los conjuntos analizados –planes–.

En el nivel inferior que denominamos Sistema *Cluster*, a partir de los resultados del nivel Singular se elabora una nueva matriz que representa el desempeño de los discursos analizados, con las interacciones entre los diversos enunciadores.

Tal como lo anticipamos en el gráfico precedente, agregamos un cuarto nivel transversal, que denominamos Síntesis Estratégica, que equivale a un brief o sustancia conceptual. Representa la identidad del enunciador. En una secuencia ulterior al análisis deberá ser considerada en la planificación estratégica. Como parte de la intervención profesional a operar en el nivel Específico se deberán generar las propuestas de sentido que interpreten dicha Síntesis Estratégica. La búsqueda de coherencia en términos de Síntesis Estratégica en los tres niveles potencia la eficiencia en la construcción de los nuevos paquetes textuales.

El análisis se desenvuelve en forma descendente, del nivel superior –paquetes textuales– hacia el nivel inferior –Sistema *Cluster*–.

El segundo nivel, que denominamos Singular, implica comparar los diferentes posicionamientos relativos de los actores elegidos como sujetos de análisis, en este caso, los planes de desarrollo de turismo. Esa comparación se puede efectuar tanto en forma sincrónica entre los distintos actores como de manera diacrónica - a lo largo de ciertos períodos - sobre el mismo actor y sus diferentes versiones, a partir de los cambios / no cambios que la intervención comunicacional produce.

Este posicionamiento estará dado por los rasgos que se han definido para establecer los componentes esenciales de su identidad. Por ejemplo, un eje posible es la presencia o ausencia en sus prácticas discursivas de talleres grupales o entrevistas personalizadas o workshops de relevamiento de las prioridades y sensibilidades de los diferentes actores del sector; los grados de profesionalización y formación de los responsables de la gestión; la identificación de atractivos naturales y/o culturales que validen las características turísticas del destino; los grados de articulación entre las diferentes entidades estatales provinciales; los grados de articulación con las diferentes entidades estatales municipales y nacionales; los grados de articulación entre los diferentes entidades estatales de todos los niveles y las organizaciones intermedias y las unidades productivas privadas; el grado de digitalización de las unidades productivas privadas; el grado de integración en cadenas comerciales y de recepción hacia los consumidores finales; los grados de fiscalización y estímulos e incentivos a la producción y agregado de valor local; el grado de articulación de las acciones promocionales hacia y en los mercados emisores, tanto en la nación como en el exterior.

Estos son algunos ejemplos que nos permiten la elaboración de gráficos identitarios de tipo "estrella" sobre cada actor analizado, en el segundo nivel.

Ese perfil se verifica y se "ajusta" en forma periódica con una matriz similar pero elaborada con base en los registros de recepción, en las necesidades relevadas que la demanda solicita a partir de un monitoreo técnico compuesto por encuestas, entrevistas en profundidad y evaluaciones de actividades presenciales y/o remotas.

Las superposiciones y solapamientos entre ambos perfiles nos permiten visualizar convergencias y divergencias entre la oferta y la demanda discursivas. El registro de la circulación comunicacional nos posibilita detectar similitudes y diferencias. La evolución de ese registro en el tiempo nos habilita la visualización de tendencias.

Esta matriz de análisis nos brinda elementos para la toma de decisiones, en plena búsqueda del alineamiento con el perfil de la demanda, así como para la construcción de

oportunidades para un crecimiento sustentable en base a los recursos disponibles - humanos, materiales, conocimiento (el orden se ajusta en cada caso) -.

¿Cómo arribamos a la definición de estos conceptos identitarios en el segundo nivel? A partir de los análisis sobre los paquetes textuales y las relaciones observadas en sus interconexiones, realizados en el primer nivel, denominado Específico.

Este nivel resulta más cercano a cada producción discursiva concreta; se encuentra "atravesado" por cada uno de los vectores ejemplificados en tanto relevantes en la descripción del nivel anterior. En este nivel, cada esquema analítico representa una "zona" disciplinar de intervención comunicacional. Por ejemplo, en el caso del TurPlan Mendoza 2000/2005, coexisten la mayor parte de los "núcleos" o "secciones" temáticas y retóricas del género Plan, creando un enunciado más complejo y completo: sus objetivos, estrategia de diagnóstico, tipo de legitimación interna, sus programas propuestos que configuran el Plan, las actuaciones que integran cada programa, sus modalidades de relacionamiento entre los diferentes actores de las esferas estatales y privadas, su estructura y diversificación de productos realizados localmente y sus manifestaciones discursivas, por ejemplo sitios web informativos y/o transaccionales, o las expresiones discursivas de viajes elaborados en forma integral, pasibles de ser leídos como "paquetes", entre otros. Cada uno de esos paquetes discursivos habilita la posibilidad de un análisis del tipo de "contrato de lectura" con sus lectorados. Vamos a profundizar en la técnica de trabajo.

El concepto de "contrato de lectura", fue elaborado por Eliseo Verón a partir de la distinción entre enunciado y enunciación, entre "lo que es dicho" y "las modalidades del decir". Estas modalidades del decir construyen lo que se denomina "dispositivo de enunciación", que comprende, en primer lugar, la imagen del que habla (enunciador). En segundo lugar, la imagen del destinatario del discurso (destinatario). Y, en tercer término, la relación entre el que enuncia y el destinatario, que es propuesta en y por el discurso (Verón: 1984). La técnica se base en el análisis comparativo entre las variaciones enunciativas construidas por soportes pertenecientes al mismo género, que pueden compartir audiencias, a partir de diferentes enunciadores.

Como analistas, el trabajo sobre esas operaciones discursivas nos permite identificar los conceptos básicos que sintetizan y caracterizan los sentidos de "identidad"; es decir la propuesta específica de ese soporte. Ese insumo del tercer nivel nos permite visualizar, en el segundo nivel, su rol "táctico" en forma comparada, para continuar sintetizando información que nos permita graficar su rol y evolución dentro del diseño de la estrategia de comunicación, a su vez registrada en el primer nivel analítico.

En otros términos, en el nivel Específico, y según las características del objeto de estudio a analizar vamos a disponer de un conjunto de soportes analizados a partir de las técnicas del contrato de lectura. Posteriormente, en el siguiente nivel Singular serán situados esquemáticamente en determinado "posicionamiento relativo", definido en relación a las variables identificadas como principales en el nivel anterior. Esa interpretación analítica genera en el nivel Sistema *Cluster* una determinada matriz o visualización del posicionamiento de la empresa en relación a sus principales objetivos y públicos, a partir de la cristalización del flujo relacional que representa cada soporte discursivo. Esa información va a confluir en el nivel subsiguiente, y a su vez a aporta al nivel inicial. El análisis generado en cada nivel provee material para el análisis en el siguiente nivel.

En cada uno de los niveles (Específico, Singular, Sistema *Cluster*) debe aplicarse un trabajo analítico que implica identificar, determinar y relevar los rasgos variantes e invariantes de cada propuesta discursiva, entendido como una "serie" que debe tener cierta continuidad en el tiempo, y a su vez deben tener soportes comparables originados en los actores comparados del universo macro; en este caso, paquetes textuales del mismo género elaborados por los otros objetos de estudio que enuncian, los otros *clusters* territoriales en competencia con Mendoza.

Por ejemplo, comparamos los Planes de Desarrollo de Turismo de Mendoza con los de Jujuy. Son aquellos emisores que están compitiendo por la escucha de las mismas audiencias.

Nos parece relevante destacar lo siguiente: los tres niveles se encuentran "atravesados" por otra matriz que nos permitiremos denominar una "cuarta dimensión". Esta nueva dimensión juega un rol especial, pues nos posibilitará sintetizar un "núcleo o síntesis estratégica", donde encontraremos representada en forma gráfica la identidad.

La posibilidad de intervenir profesionalmente permite incrementar o reducir los desfases verificados en las gramáticas de recepción que este corazón estratégico resulte enunciado de manera genuina en cada soporte del nivel Específico, en los rasgos que presenta en el nivel Singular, para que su posicionamiento en el nivel Sistema *Cluster* sea el más aproximado al deseado, entendido como el definido como objetivo.

III. LOS NIVELES DE ANÁLISIS

Según las premisas de Verón, identificamos tres tipos de géneros P: el subgénero Plan de Desarrollo de Turismo; el subgénero Plan específico de Comunicación y Marketing; y un tercer subgénero es el Plan para hacer Planes, es decir, aquellos materiales producidos para generar sensibilización y conciencia en los decisores provinciales acerca de la importancia de

capacitación y profesionalización del personal para dotar al territorio de “capacidad instalada”, de modo tal de que en una etapa o etapas subsiguientes poder gestionar la elaboración de un plan de desarrollo de turismo.

En los dos casos analizados, el subgénero Plan de Desarrollo de Turismo incluía actuaciones sobre Comunicación y Marketing, aunque de menor alcance que los otros Planes Específicos analizados.

Fundamentamos que son géneros P porque son paquetes textuales con rasgos retóricos, temáticos y enunciativos similares dispuestos en un formato tal que permite su consumo dentro del mercado cultural del *cluster* en el que performan. Toda producción discursiva en el ámbito del turismo se crea con el objetivo de lograr un posicionamiento para que la experiencia de viaje y/o visita se “consume”, es decir, se logre. Entre ambas puntas, se registra una serie de capas de consumos “intermedios” por parte de los diferentes actores del sistema *cluster*, cuya fluidez - no fricción - permite el mayor o menor éxito en los objetivos propuestos.

El análisis de la múltiple producción del sistema cultural turístico como es el caso de los géneros P resulta positivo porque desde nuestra perspectiva nos permite incluir múltiples variables de medición e interacción como alcance, precio, días de estadía, promedios o capacidad de carga, por mencionar algunos ejemplos.

A medida que se verifica una mayor complejidad del Plan –entendiendo complejidad como multiplicidad y densidad de estrategias, programas y actuaciones–, se incrementa la presencia de géneros P en la formalización de actuaciones y programas que tienden a dar forma a modos de consumo por parte de los consumidores finales. Por ejemplo, un producto configurado de forma tal que brinda la posibilidad de comercialización de “servicios individuales” -tipo de comercialización de servicios como habitaciones de hotel, traslados o pasajes de manera aislada, plasmado en formato de publicación conjunta disponible en plataformas digitales- para mejorar su oferta frente a los otros competidores, en las sucesivas intervenciones se puede decidir adaptar nuevos géneros L o desarrollar en profundidad los existentes. Con esta alternativa queremos expresar que una posibilidad de intervención posterior en la creación de nuevas propuestas discursivas a partir de haber identificado ausencias dentro de las propuestas competidoras. Por ejemplo, se pueden proponer programas que adquieran formatos más complejos, como propuestas de promoción colectivas en Ferias del exterior o modos de articulación entre las pymes de servicios que permitan construir paquetes de servicios turísticos con valores agregados, incorporando elementos conceptuales que enriquezcan las propuestas de comunicación y consumo, y le otorguen más densidad y visibilidad, proponiendo una oferta diferente con respecto a la ausencia de este tipo de material

por parte de la competencia, hasta que luego de sucesivas temporadas los territorios en competencia comienzan a articular sus propios productos (por ejemplo Nieve, Festivales temáticos, Caminos del Vino, Gastronomía, Música Clásica en entornos naturales, etc.).

Asimismo, se desarrollan propuestas de espacios de encuentro interpersonal para la cadena turística y materiales digitales, que eran una expresión de necesidad relevada por los diferentes tipos de demanda. Esas expresiones toman "cuerpo comunicacional" en un soporte de encuentro para la presentación de cada nueva temporada, con el atractivo de la distribución y entrega de los materiales promocionales editados, ya sea en forma física o digital. En esos espacios se generaron sub-cuerpos comunicacionales que luego fueron "independizados" y constituidas como un nuevo género L: lo que al principio era un monólogo de presentación de un destino en forma generalista, evolucionó hacia seminarios de capacitación por productos específicos, involucrando los diferentes géneros de productos en forma a la vez integrada y segmentada.

IV. ANÁLISIS SEMIÓTICO COMPARADO DE PLANES COMO DISCURSOS POLÍTICOS – COMUNICAR A TRAVÉS DE REPRESENTACIONES - ANÁLISIS DESDE EL NIVEL ESPECÍFICO - SELECCIÓN A PARTIR DEL *CORPUS*

Se seleccionó el TurPlan I (2000-2005) de la Provincia de Mendoza, como el ejemplo más completo del género Plan a partir del cual es posible la comparación con los otros Planes. Y lo utilizaremos como pivot del relato, para intentar un abordaje lo más fluido posible, intentando dibujar filigranas dentro de la aridez narrativa tradicional del lenguaje técnico.

“Más completo” sugiere la idea de que se trata de un Plan más exhaustivo, en su capacidad operativa en términos de instrumento de gestión. Identificado dentro del *corpus* y período de tiempo seleccionados como sinónimo de referencia y estado del arte podemos a partir de él comparar con los otros planes analizados. La escena enunciativa se verá desplegada en descripciones ulteriores.

IV. I Análisis del Caso – Nivel Específico

a- Dimensión temática

Entendemos por dimensión temática la división interna que reorganiza semánticamente los contenidos del plan. Analizamos de manera comparativa la dimensión temática en el despliegue de las diferentes secciones del plan, centrándonos en la detección de núcleos semánticos:

- Objetivos: principales y secundarios; definiciones de turismo, de desarrollo turístico, de turismo sustentable.
- Editorial: fundamentaciones del plan, oportunidad, marcos contextuales
- Índice: inclusión/exclusión de diagnóstico, evaluaciones, relaciones con la Nación, capacidades de gestión, relevamientos de productos, resultados de encuestas, estructura del plan.
- Elaboración una grilla para identificar secciones y subsecciones con temas similares, para identificar ausencias y presencias.
- Articulación público-privado: instancias de vinculación de los formuladores del plan con personas ciudadanas o actores del sector turístico (agentes de viajes, hoteleros, guías de turismo, transportistas, funcionarios provinciales/municipales, fiscalizadores, etc.); inclusión/exclusión de cuadros/grillas/resultados/aportes para la planificación
- Marca Destino: presencia/ausencia, variaciones del concepto, modos de articulación propuestos, participación de uno o varios actores del sector turístico.

b- Dimensión retórica

Se analizó de manera comparativa la dimensión retórica relevada en los planes provinciales.

Se describió el uso/no uso de imágenes, la inclusión de ilustraciones, cuadros sinópticos e infografías.

Se analizó el uso/no uso de un conjunto de tecnicismos.

Teniendo como base las secciones identificadas, se elaboró una segunda grilla para determinar las diferencias en el tratamiento singular del orden y la jerarquización en cada uno.

c- Dimensión enunciativa

La enunciación definida como “un efecto de sentido de los procesos de semiotización por los que en un texto se construye una situación comunicacional, a través de dispositivos que podrán ser o no de carácter lingüístico. La definición de esa situación puede incluir la de “la relación entre un “emisor” y un “receptor” implícitos, no necesariamente personalizables” (Steimberg, 2013, p. 51), permite la circunscripción de las figuras del enunciador-enunciario,

en el análisis, y por lo tanto, la caracterización de la situación comunicacional creada a partir de rasgos específicos del material analizado.

Metodológicamente, la situación comunicacional resultante deriva del entramado de los rasgos temáticos y retóricos, y permite elaborar una silueta de la imagen del estado en cada plan.

Se propone una configuración comparable de las modalidades enunciativas de intervención del Estado en los planes provinciales de turismo.

Se analizó la inclusión/no inclusión de eventuales propuestas emergentes de participantes –actores del sector turístico– en talleres de relevamiento de necesidades y de las conclusiones referidas al proceso de legitimación de los planes.

A partir de allí, se operativizan visualizaciones esquemáticas de cada uno de los planes provinciales de turismo, utilizando la construcción de nuevas categorías que serán explicitadas más adelante.

En base a las marcas identificadas en la red enunciada de vínculos entre los organismos estatales y no estatales se establece un conjunto de siluetas de gráfico de tela de araña, cuyas representaciones serán comparables entre sí, y permitirán mensurar la densidad del rol del Estado en su modalidad de intervención en los sectores provinciales de turismo.

Sintetizando, en el Nivel Específico –la base del análisis sobre el *corpus* comparado–, los planes fueron analizados en una grilla comparada que nos ha permitido organizar las dimensiones: retórica, temática y enunciativa. A partir de las marcas relevadas, realizamos la identificación de rasgos comunes y no comunes utilizando una serie de categorías creadas a partir de la operativización de los géneros P. Las categorías son unidades conceptuales que nos permiten la comparación dentro del *corpus*. En esta oportunidad fueron elaboradas en base a la identificación de rasgos (núcleos temáticos, organización retórica e inclusiones que se proyectan en la situación enunciativa en la estructura de secciones del plan) compartidos que nos posibilitan el análisis comparativo.

La enumeración de las categorías elaboradas es la siguiente:

- a) La figura del enunciador. Énfasis en la construcción de la figura y la sugerencia. Se conforma como en la figura del actor del sector que activa y protagoniza. Inclusión/exclusión de las voces de los participantes de los talleres provinciales.
- b) Inclusión/exclusión del Estado.
- c) Visión estratégica.
- d) Las actuaciones como unidad mínima de un plan

- e) Inclusión de mecanismos de evaluación y seguimiento del Plan (decisión de supervisión y control).
 - a. Inclusión de métricas de valuación del impacto del Plan.
 - b. Inclusión de la responsabilidad de las instituciones de medición y control del Plan.
 - c. Inclusión de auditorías externas de control.
- f) Identidad institucional Provincial e Identidad institucional del Plan de Desarrollo de Turismo. Dispositivo de comunicación del Plan.
- g) Capacidad instalada de gestión. Origen de los integrantes profesionales y equipos técnicos responsables de la formulación y redacción de los planes de turismo

IV. II Nivel Singular

Nos propusimos analizar las actuaciones desde un enfoque diferente. Como nuestro foco fue elaborar representaciones gráficas del Estado, debíamos buscar otros tipos de visualizaciones a través de los cuales pudiéramos comparar los planes de cada territorio por áreas de intervención. Los formatos debían ser eficaces para la identificación de las diferentes magnitudes relativas, y que incluso permitieran, en otra instancia, el seguimiento de la evolución propia de cada plan en un futuro.

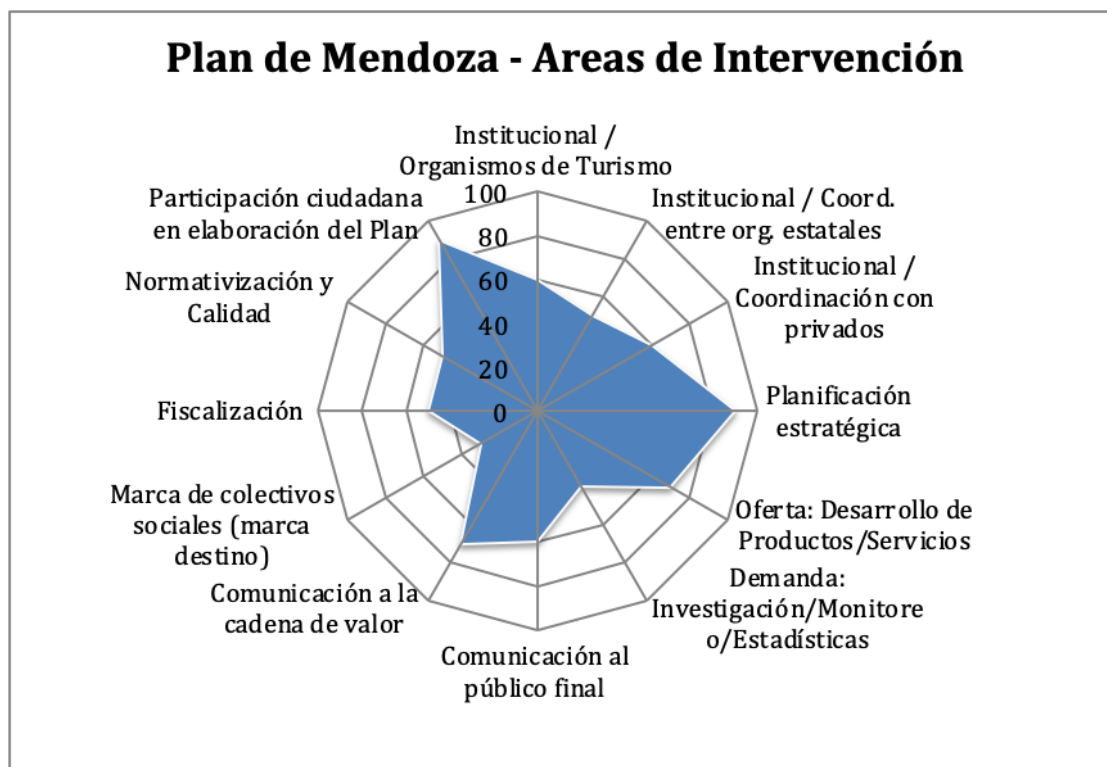
A partir de nuestra experiencia en el sector, agrupamos las actuaciones por campos de actuación o, en otras palabras, áreas de intervención de las entidades estatales analizadas a partir de su presencia/ausencia como responsables o co-responsables de actuaciones incluidas en los planes.

A continuación, presentamos un ejemplo de graficación del análisis de la demanda en un momento dado, a partir del registro de presencia y ausencia de géneros-P relevados en el nivel previo – Específico - en las manifestaciones de los públicos-objetivo seleccionados.

Elegimos el gráfico de tipo estrella para intentar una visualización por áreas de interés de los planes que nos permitan una mejor performance de comparación de las formas de intervención del Estado que la versión anterior. Además, nos permite incluir una dimensión valorativa, donde sea posible comparar algún tipo de valoración sobre dichas formas de intervención del Estado, de un modo tal que agregue valor a la visualización.

En primer lugar, compartimos un ejemplo de visualización del Plan de Mendoza.

Plan de Mendoza - Areas de Intervención



Los campos de actuación – o grupos de actuaciones segmentados por afinidad - representan la diversidad de áreas de intervención que hemos relevado en las dimensiones temáticas y retóricas – tal como se encuentran segmentadas y agrupadas las actuaciones, además de la experiencia propia en el mercado turístico y considerando como parámetro de mayor diversidad el Plan de Mendoza.

Hemos definido los siguientes:

- Organización institucional / Coordinación vertical Turismo (entre los organismos del estado específicos de turismo)
- Organización institucional / Coordinación con áreas vinculadas (Medio Ambiente, Vialidad, Obras Públicas, etc.)
- Organización institucional / Coordinación con sectores privados (Cámaras de Turismo, hoteleras, agencias de viajes, transportes, guías, etc).
- Planificación estratégica
- Oferta: Desarrollo de Productos/Servicio
- Demanda: Investigación/Monitoreo/Estadísticas
- Comunicación hacia el público final (acciones promocionales)

- Comunicación hacia la cadena de valor (operadores, agencias) (acciones promocionales)
- Marca destino (desarrollo de identidad, programas de colaboración con otros organismos estatales y privados)
- Fiscalización (control del cumplimiento de las reglas de juego)
- Normativización y Calidad (definiciones de rangos de cualificaciones de servicios tendientes a procesos de mejora continua).
- Participación ciudadana en la elaboración del Plan (iniciativa de convocatoria medida en términos de amplitud de la misma, la máxima gradación implica que se ha invitado al conjunto de los actores del sector turístico).

Para establecer la dimensión valorativa, nos propusimos identificar los niveles de intervención de los diferentes organismos del Estado a partir del relevamiento de los compromisos de responsabilidad en la gestión de las actuaciones del Plan.

En ese sentido, propusimos una mensura de grados valorativos desde 0 a 10, de menor a mayor densidad de enunciación de organismos del estado como responsables de actuaciones (en su calidad de unidad mínima de plan).

La tabulación fue la siguiente:

0 - Ninguna participación

1 - Mención de un organismo de un nivel del Estado (provincial, municipal, nacional) como partícipe

2 - Mención de dos organismos de un nivel del Estado como partícipes

3 - Mención de tres organismos de un nivel de Estado o dos de uno y uno de otro nivel

4 - Coordinación de un organismo del Estado de un nivel

5 - Coordinación de un organismo del Estado de un nivel y mención de otro como partícipe

6 - Coordinación de un organismo del Estado de un nivel, mención de otro del mismo nivel como partícipe

7 - Coordinación de un organismo del Estado de un nivel, mención de dos del mismo nivel y/o de al menos uno de otro nivel

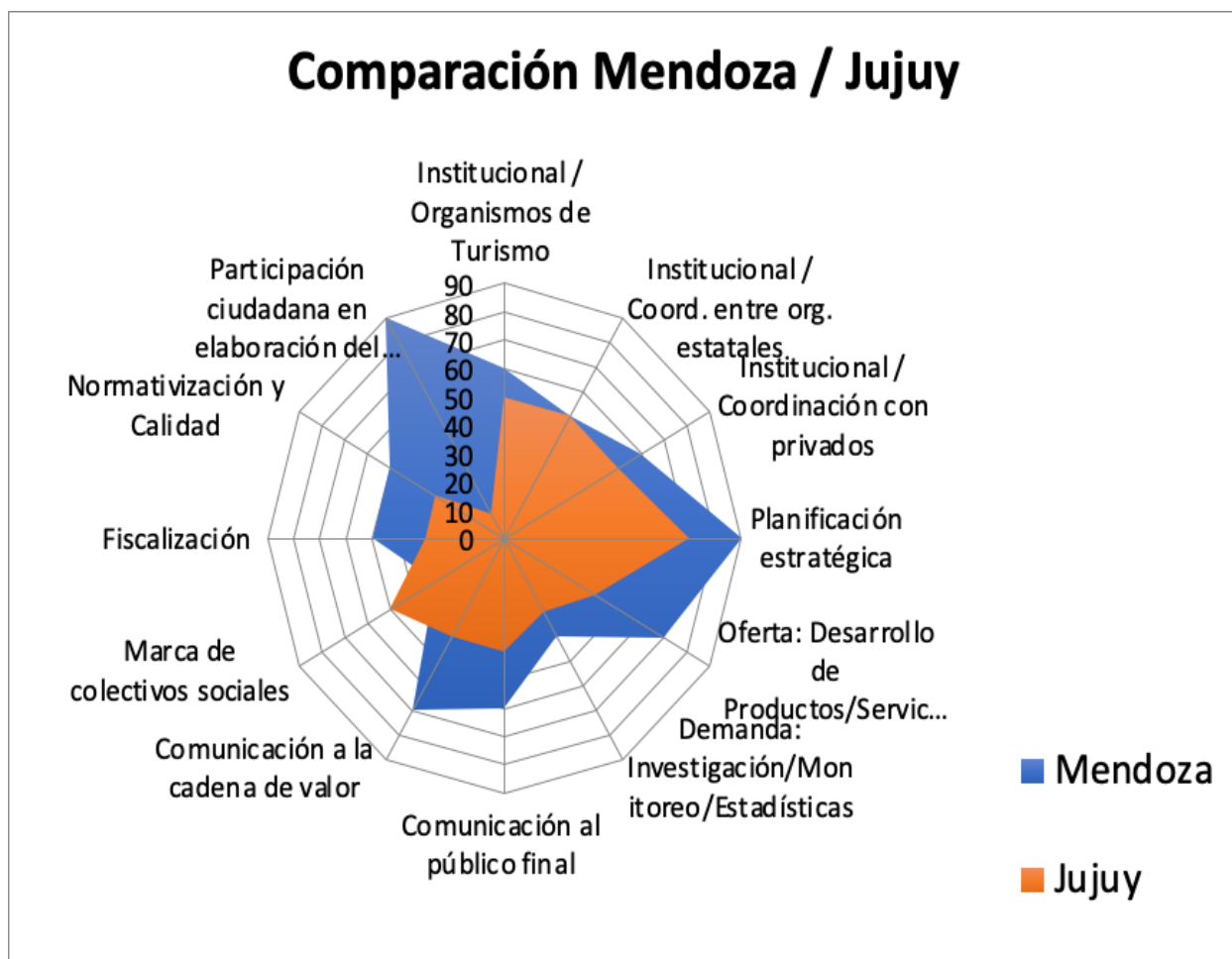
8 - Ejecución a cargo de un organismo del Estado de un nivel

9 - Ejecución a cargo de un organismo del Estado de un nivel, con participación de otros organismos del Estado del mismo nivel

10 - Ejecución a cargo de un organismo del Estado de un nivel, con participación de otros organismos del Estado del mismo nivel y de otros niveles.

En corte sincrónico, se grafican las manifestaciones discursivas relevadas dentro del Plan de Mendoza donde figuran con cierto grado de responsabilidad, su densidad de interacción y los diferentes grados de involucramiento de los organismos estatales, en base a la presencia relevada en el análisis realizado.

A continuación, se comparte un ejemplo de visualización de comparación entre planes de turismo de las provincias de Mendoza y Jujuy.



En esta comparación de representaciones de siluetas del Estado podemos visualizar aquellas áreas que representan oportunidades de ser fortalecidas en ambas provincias en relación a su par.

V. CONCLUSIONES

Se propone como aporte la elaboración de una metodología analítica que utiliza como soporte un sistema de visualización gráfico, que permite identificar las siluetas¹⁵⁴ del Estado y la densidad de la trama vincular desarrollada entre los diferentes actores y niveles estatales. A partir de las siluetas, es observable el grado de involucramiento de las políticas públicas en determinadas áreas económicas, en este caso, el área multidisciplinar turismo. Asimismo, posibilita la realización de un seguimiento y evolución en el transcurso del tiempo. Los modos de relacionamiento y contratos de lectura relevados nos permitieron identificar tres siluetas de enunciador y proponer tres tipos de Estado diferentes, puestos en relación dentro de los sistemas de intercambios discursivos mediáticos analizados:

- un Estado que denominaremos **Estimulante**, que promueve el crecimiento del sistema a partir de prácticas activas concretas. Se encuentra representado en aquellos planes, como en el caso de Mendoza, en el que la visión estratégica se articula a través de actuaciones cuyas áreas de intervención abarcan la actividad turística en todos sus aspectos productivos.
- un segundo tipo de Estado, **Divulgante**, que recomienda la implementación de un conjunto de articulaciones que propendan movimientos virtuosos, pero sin capacidad para ejercer prácticas activas concretas. Se encuentra representado en aquellos planes, como los casos de Tierra del Fuego y Provincia de Buenos Aires, cuya visión estratégica se articula a través de actuaciones focalizadas en las áreas de intervención vinculadas con la comunicación, el marketing y la promoción del destino, pero sin abarcar áreas estructurantes de la actividad, como ser la fiscalización, la calidad y la participación ciudadana.
- y una tercera categoría de Estado, **Falente**, que presenta dificultades y carencias de las partes y del conjunto. Se encuentra representado en aquellos planes, como el caso de Jujuy, articulado como una serie de instrucciones y recomendaciones acerca de los pasos a seguir para fortalecer el Estado, sin desarrollar propuestas de acción o actuaciones que permitan dar forma a un tipo de intervención social. Es un Estado que carece de capacidad de gestión.

¹⁵⁴ Para profundizar más sobre el concepto de siluetas, ver en Soto, Marita, (2015); *Siluetas ternarias. Las representaciones de la noción de semiosis social*. Pags. 197-209. En *deSignis 29. Homenaje a Eliseo Verón*. Compilado por Lucrecia Escudero Clauvel, Marita Soto y Oscar Traversa. Con la colaboración de Paolo Fabbri. Buenos Aires.

Acerca del concepto de “representación”, consideramos que hemos logrado construir una serie de representaciones sobre las intervenciones y roles del Estado, en el ámbito del turismo de la República Argentina, entre los años 2001-2020 que, en términos de Verón, exceden el concepto semántico del término, asumiendo el concepto de “espacio mental”, definido como un espacio de configuraciones de los tres tipos de operaciones (primeridad, secundaridad y terceridad) (Verón, 2001, p. 107).

REFERENCIAS

Fernández, José Luis; *Vidas mediáticas. Entre lo masivo y lo individual*. Buenos Aires, Ed. La Crujía, 2021.

Markier, Gustavo. *Representaciones de las intervenciones y roles del Estado en el ámbito del turismo de la República Argentina, entre los años 2001-2020*. Tesis de Doctorado. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2022.
https://www.academia.edu/127935977/Markier_Tesis_Doctorado_PhD_Thesis_2022

Oszlak, Oscar; *Políticas Públicas y Regímenes Políticos: Reflexiones a partir de algunas experiencias Latinoamericanas*. Documento de Estudios CEDES Vol. 3 N°2, Buenos Aires, 1980.

Soto, Marita; *Siluetas ternarias. Las representaciones de la noción de semiosis social*. En *deSignis 29. Homenaje a Eliseo Verón*. Compilado por Lucrecia Escudero Clauvel, Marita Soto y Oscar Traversa. Con la colaboración de Paolo Fabbri. Buenos Aires, 2015.

Steimberg, Oscar; *Semióticas. Las semióticas de los géneros, de los estilos, de la transposición*. Buenos Aires, Ed. Eterna Cadencia, 2013.

Verón, Eliseo; *El cuerpo de las imágenes*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 2001.

Verón, Eliseo; *Cuando leer es hacer, traducción de cátedra*, pág. 2. Edición original: *Quand lire, c'est faire: l'énonciation dans le discours de la presse écrite*, *Semiotique II*, París: Institut de Recherches et d'Études Publicitaires, 1984.

Planes

Argentina. *Plan Federal Estratégico de Turismo Sustentable*. Secretaría de Turismo de la Nación, 2005.

Jujuy, Provincia. *Plan de desarrollo turístico de Jujuy*. D'Agnillo, Bibiana. Gobierno de la Provincia de Jujuy y Consejo Federal de Inversiones. 2001.

Mendoza. *Secretaría de Turismo, Ministerio de Economía, Gobierno de la Provincia de*

Mendoza, Argentina. Plan de Desarrollo Turístico “TurPlan” 2000-2005.

Mendoza, Ministerio de Turismo y Cultura, Gobierno de la Provincia de Mendoza. Plan de Desarrollo Turístico de la Provincia de Mendoza. “TurPlan II” 2007-2011.

SUJEITO E OBJETO: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO NA REGULAÇÃO DE MONOPÓLIOS DIGITAIS

SUJETO Y OBJETO: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO INSTRUMENTO EN LA REGULACIÓN DE LOS MONOPOLIOS DIGITALES

SUBJECT AND OBJECT: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS AN INSTRUMENT IN THE REGULATION OF DIGITAL MONOPOLIES

Cacyone Gomes Lavareda¹⁵⁵

Resumo: Este artigo explora o uso da Inteligência Artificial (IA) como uma ferramenta disruptiva no campo da regulação econômica, focando na sua capacidade de identificar e quebrar monopólios digitais globais. O objetivo principal é examinar como a IA pode ser utilizada como um agente regulador em mercados dominados por grandes empresas de tecnologia, promovendo maior competitividade e proteção dos direitos dos consumidores. O artigo analisa mecanismos da IA aplicáveis à regulação de práticas monopolistas e seu impacto nas políticas públicas, incluindo exemplos como o *Digital Markets Act* na União Europeia e o Projeto Cérebro no Brasil. A metodologia combina revisão bibliográfica, análise de casos práticos recentes e dados empíricos de economias desenvolvidas e emergentes. A hipótese levantada é que a IA pode identificar práticas anticompetitivas com maior precisão e agilidade do que métodos tradicionais, mas enfrenta desafios significativos, incluindo resistência de empresas dominantes e a necessidade de um arcabouço jurídico adequado. Os resultados esperados incluem a demonstração de que a IA pode aumentar a transparência em mercados altamente concentrados, mas sua eficácia depende de políticas públicas robustas e regulamentações que acompanhem o avanço tecnológico. Conclui com recomendações para a adoção de IA na regulação, sugerindo maior colaboração entre governos, empresas e desenvolvedores para garantir equidade no mercado digital global.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Regulação. Monopólio digital. Oligopólio. Plataformas digitais.

Resumen: Este artículo explora el uso de la Inteligencia Artificial (IA) como herramienta disruptiva en el campo de la regulación económica, centrándose en su capacidad para identificar y romper los monopolios digitales globales. El objetivo principal es examinar cómo la IA puede utilizarse como agente regulador en mercados dominados por grandes empresas tecnológicas, promoviendo una mayor competitividad y protegiendo los derechos de los consumidores. El artículo analiza los mecanismos de IA aplicables a la regulación de prácticas monopolísticas y su impacto en las políticas públicas, incluyendo ejemplos como la Ley de Mercados Digitales

en la Unión Europea y el Proyecto Brain en Brasil. La metodología combina revisión bibliográfica, análisis de casos prácticos recientes y datos empíricos de economías desarrolladas y emergentes. La hipótesis planteada es que la IA puede identificar prácticas anticompetitivas con mayor precisión y agilidad que los métodos tradicionales, pero enfrenta desafíos importantes, entre ellos la resistencia de las empresas dominantes y la necesidad de un marco legal adecuado. Los resultados esperados incluyen demostrar que la IA puede aumentar la transparencia en mercados altamente concentrados, pero su eficacia depende de políticas públicas y regulaciones sólidas que sigan el ritmo del avance tecnológico. Concluye con recomendaciones para la adopción de IA en la regulación, sugiriendo una mayor colaboración entre gobiernos, empresas y desarrolladores para garantizar la equidad en el mercado digital global.

Palabras clave: Inteligencia artificial. Regulación. Monopolio digital. Oligopolio. Plataformas digitales.

Abstract: This article explores the use of Artificial Intelligence (AI) as a disruptive tool in the field of economic regulation, focusing on its ability to identify and break global digital monopolies. The main objective is to examine how AI can be used as a regulatory agent in markets dominated by large technology companies, promoting greater competitiveness and protecting consumer rights. The article analyzes AI mechanisms applicable to the regulation of monopolistic practices and their impact on public policies, including examples such as the Digital Markets Act in the European Union and the Brain Project in Brazil. The methodology combines a literature review, analysis of recent practical cases and empirical data from developed and emerging economies. The hypothesis raised is that AI can identify anticompetitive practices with greater accuracy and agility than traditional methods, but faces significant challenges, including resistance from dominant companies and the need for an adequate legal framework. The expected results include the demonstration that AI can increase transparency in highly concentrated markets, but its effectiveness depends on robust public policies and regulations that accompany technological advances. It concludes with recommendations for the adoption of AI in regulation, suggesting greater collaboration between governments, companies and developers to ensure fairness in the global digital marketplace.

Keywords: artificial intelligence; regulation; digital monopoly; oligopoly; digital platforms.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o domínio das *Big Techs* — empresas como Google, Amazon, Meta e Microsoft — transformaram a economia digital, criando oligopólios que limitam a inovação e a competitividade. Com sua vasta coleta de dados e controle sobre algoritmos, essas empresas conseguem antecipar movimentos de concorrentes e influenciar o comportamento dos consumidores de forma quase imbatível (Ezrachi; Stucke, 2016). A Inteligência Artificial (IA) é uma dessas tecnologias que, ironicamente, tanto alimenta o poder dessas empresas quanto

oferece uma oportunidade única para reguladores intervirem de forma mais ágil e precisa. O objetivo deste artigo é investigar a IA como um mecanismo de regulação, examinando suas aplicações no combate a práticas monopolistas e discutindo como ela pode ser simultaneamente sujeito (instrumento) e objeto de regulação. Além disso, avalia-se o impacto da IA na formulação de políticas públicas, com foco em estudos de caso e regulamentações recentes.

I. OBJETIVOS DO ESTUDO

- Analisar como a IA pode atuar como agente regulador em mercados dominados por grandes empresas de tecnologia.
- Identificar os principais mecanismos de IA aplicáveis à regulação de práticas monopolistas.
- Avaliar o impacto dessas tecnologias nas políticas públicas voltadas para a concorrência digital.
- Propor diretrizes para a implementação de IA de forma ética e responsável na regulação.

II. REVISÃO DE LITERATURA

II. I. Monopólios Digitais e o Poder Algorítmico

O poder das *Big Techs* baseia-se em sua capacidade de acumular vastas quantidades de dados dos usuários, o que lhes permite manipular algoritmos para eliminar concorrentes e controlar o acesso à informação. Eyrachi e Stucke (2016) argumentam que esses monopólios exacerbam a desigualdade no mercado ao dificultar a entrada de novos competidores, limitando a inovação e colocando em risco os direitos dos consumidores. Essas empresas dominam múltiplos setores da economia digital, controlando aspectos cruciais da vida digital cotidiana. O Google, por exemplo, controla mais de 92% do mercado global de buscas, o que lhe confere um poder inquestionável sobre o acesso à informação. A concentração desse poder não só limita a escolha do consumidor, mas também potenciais práticas de publicidade direcionada que podem manipular o comportamento do consumidor de maneiras não transparentes.

II. II. O Potencial da IA na Regulação

A IA pode mudar essa dinâmica ao permitir que os reguladores analisem grandes volumes de dados em tempo real e detectem padrões de comportamento monopolista que seriam invisíveis aos métodos tradicionais (Macfee; Brynjolfsson, 2023). Algoritmos preditivos, como os utilizados no Projeto Cérebro do CADE no Brasil, são capazes de identificar práticas colusivas em mercados complexos, como o de combustíveis. O uso de IA nesta área poderia ser ampliado por meio da integração de técnicas de *machine learning*, permitindo que os reguladores não apenas identifiquem práticas anticompetitivas, mas também prevejam tendências futuras que poderiam resultar em comportamentos monopolistas.

II.II.I IA no Setor Público: exemplos e desafios

O uso da IA em organismos reguladores, como o Projeto Cérebro, que analisa variações anômalas de preços no mercado de combustíveis no Brasil, demonstra o impacto positivo dessa tecnologia na detecção de cartéis e práticas monopolistas (Brasil, [2023]). Outro exemplo notável é a atuação da Comissão Europeia, que empregou IA para detectar a manipulação de resultados de busca pela Google, resultando em uma multa recorde de €2,42 bilhões em 2017, evidenciando o potencial da tecnologia para atuar contra abusos de mercado. No entanto, o sucesso desses sistemas de IA depende da qualidade dos dados disponíveis e da transparência dos algoritmos utilizados, que são frequentemente considerados “caixas-pretas”. Além disso, a resistência das próprias plataformas à regulação baseada em IA é um desafio notável. As grandes empresas frequentemente possuem recursos significativos para contestar e retardar processos regulatórios, utilizando sua influência para moldar a legislação a seu favor. Portanto, a regulação através da IA deve ser acompanhada de mecanismos legais e institucionais que garantam sua eficácia e integridade.

III. METODOLOGIA

Este estudo combina uma abordagem qualitativa e quantitativa. A metodologia adotada inclui uma revisão bibliográfica detalhada de fontes acadêmicas e legislativas recentes, além da análise de casos práticos com dados empíricos de economias desenvolvidas e emergentes. As fontes foram selecionadas para refletir diferentes perspectivas sobre o uso da IA na regulação e as implicações éticas associadas, assim como práticas regulatórias em diferentes contextos internacionais.

III.I Casos Estudados

Foram selecionados os seguintes estudos de caso:

III. I. I Projeto Cérebro (Brasil)

Implementado pelo CADE, o Projeto Cérebro é uma aplicação prática de IA no combate a práticas monopolistas. Utilizando técnicas de mineração de dados e algoritmos preditivos, o sistema detecta variações anômalas de preços, permitindo uma intervenção mais rápida e precisa. A análise dos resultados desse projeto mostra que, em sua fase inicial, o tempo de resposta do CADE a indícios de cartelização foi reduzido em cerca de 30%, conforme indicado em relatórios internos de 2023 (Brasil, [2023]).

III.I.II Digital Markets Act (União Europeia)

A União Europeia é pioneira na regulamentação de grandes plataformas digitais através do Digital Markets Act (DMA), que busca garantir que não haja abuso de poder de mercado por parte das plataformas dominantes. O uso de IA permite que reguladores monitorem plataformas em tempo real, assegurando que práticas abusivas sejam rapidamente identificadas e punidas. Estudos recentes demonstram que a aplicação do DMA levou a um aumento de mais de 15% na concorrência em mercados previamente dominados por grandes players (European Commission, [2023]).

IV. RESULTADOS

A análise dos casos demonstrou que a IA tem um potencial significativo para aumentar a eficácia das ações regulatórias, particularmente no monitoramento e na intervenção em práticas monopolistas. A aplicação da IA, como no exemplo do Google Shopping, na União Europeia, revelou que multas e sanções podem ser aplicadas de forma mais eficiente quando os reguladores têm acesso a ferramentas tecnológicas avançadas. Além disso, a transparência nos processos de auditoria e a possibilidade de revisão das decisões algorítmicas aumentam a confiança pública na regulação. Foi observado que, a clareza na explicação dos processos decisórios da IA, é fundamental para a aceitação dessas tecnologias pelos públicos afetados. A

transparência centraliza-se não apenas em como os dados são coletados, mas também em como as decisões algorítmicas são tomadas, ampliando a responsabilidade regulatória.

IV.I Desafios da Implementação da IA

Apesar de suas vantagens, o uso da IA em processos regulatórios enfrenta desafios significativos, incluindo viés algorítmico, falta de transparência e questões éticas. Algoritmos mal treinados podem perpetuar desigualdades ou favorecer práticas monopolistas, como discutido por Zuboff (2019) ao abordar o "capitalismo de vigilância". A presença de vieses históricos nos dados pode afetar diretamente a eficácia das iniciativas de regulação, assim como a resistência por parte das próprias empresas que podem sentir suas operações ameaçadas.

IV.I.I. Viés Algorítmico e suas Implicações

O viés algorítmico representa uma preocupação crítica na aplicação de IA na regulação. A IA é treinada em conjuntos de dados históricos que podem refletir preconceitos sociais existentes, o que pode resultar em decisões regulatórias que não apenas falham em abordar comportamentos anticompetitivos, mas também perpetuam desigualdades no mercado. Por exemplo, se o algoritmo é alimentado com dados relacionados a um mercado onde as grandes empresas têm vantagem, ele pode subestimar o potencial de novos entrantes ou práticas inovadoras (Binns, 2018). Essa problemática exige que as agências reguladoras adotem abordagens rigorosas para auditar e revisar os dados usados nos algoritmos de IA. A construção de conjuntos de dados diversificados e representativos deve ser uma prioridade, para não apenas melhorar a eficácia das ações regulatórias, mas também garantir a justiça no processo e aumentar a confiança pública na utilização da IA.

V. DISCUSSÃO

Os resultados indicam que a IA pode não apenas acelerar a intervenção regulatória, mas também aumentar a precisão na detecção de práticas anticompetitivas. Entretanto, deve-se garantir que sua implementação seja ética, equitativa e transparente. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil é um exemplo de como um ambiente regulatório pode equilibrar inovação tecnológica e proteção dos direitos dos consumidores.

V.I. Colaboração Internacional e Evolução Normativa

A regulação de monopólios digitais em um contexto globalizado exige cooperação internacional. A implementação de normativas como o DMA e o compartilhamento de melhores práticas entre países são passos fundamentais para assegurar um campo competitivo equitativo. Investimentos em capacitação e na infraestrutura tecnológica de países em desenvolvimento são essenciais para que todos os mercados possam efetivamente combater monopólios digitais.

V.II. Exemplos Adicionais e Novas Tecnologias

Além dos exemplos já discutidos, é importante considerar outras iniciativas que utilizam IA como ferramenta de regulação. O uso de análise de sentimento e processamento de linguagem natural nas plataformas digitais pode ajudar a identificar práticas enganosas e abusivas. Ferramentas como o *Sentiment Analyzer*, que examina comentários e *feedbacks* online, permitem uma abordagem mais ágil na detecção de práticas anticompetitivas.

V.III. Resultados Empíricos e Estudos de Caso

Estudos empíricos demonstram uma correlação positiva entre a utilização de IA nas agências reguladoras e a eficiência nas investigações antitruste. Um estudo realizado em 2023 pela OECD (2023) indicou que países que adotaram ferramentas de IA compartilharam dados de forma mais eficiente e conseguiram reduzir o tempo de investigação em até 30%. Isso não apenas aumentou a precisão das decisões, mas também acelerou processos que, de outra forma, seriam prolongados, permitindo uma resposta mais rápida a práticas monopolistas. Além disso, a implementação de IA em investigações antitruste resultou em uma melhoria nos índices de conformidade das empresas investigadas, evidenciando um efeito dissuasor em relação a práticas anticompetitivas.

VI. CONCLUSÕES ACERCA DO CASO ESTUDADO

A inteligência artificial emerge como uma ferramenta indispensável na regulação de monopólios digitais, não apenas aumentando a transparência, mas também contribuindo para a equidade nos mercados. No entanto, sua implementação eficaz depende de políticas públicas robustas que assegurem a responsabilidade e a transparência dos algoritmos. Para garantir que

a IA desempenhe seu papel de forma construtiva no ambiente regulatório, é fundamental que as agências adotem práticas que mitiguem os riscos associados, como a falta de transparência e o viés algorítmico.

Como recomendações finais, temos:

1. Desenvolvimento de Marco Regulatório: Os países devem estabelecer marcos regulatórios que possibilitem a utilização de IA de forma responsável, com ênfase em transparência, auditabilidade e mitigação de vieses algorítmicos.

2. Fortalecimento da Cooperação Internacional: a criação de estruturas que promovam a troca de experiências e a colaboração entre reguladores de diferentes países pode facilitar o enfrentamento de práticas monopolistas em um ambiente globalizado.

3. Capacitação e Recursos para Países em Desenvolvimento: é imprescindível investir na capacitação de reguladores em países em desenvolvimento, permitindo que integrem tecnologias de IA em seus processos de regulação.

4. Aprimoramento da Transparência Algorítmica: a adoção de práticas que assegurem a transparência dos algoritmos utilizados em processos regulatórios é fundamental para a aceitação pública da regulação da IA.

5. Engajamento da Sociedade Civil: Para garantir que a regulação da IA atenda aos direitos dos consumidores e evite abusos, um maior envolvimento da sociedade civil, incluindo ONGs e grupos comunitários, é necessário para trazer uma perspectiva crítica sobre os impactos regulamentares. Isso pode incluir a condução de audiências públicas e fóruns de discussão onde as preocupações dos cidadãos sejam ouvidas e consideradas nas decisões regulatórias.

6. Monitoramento Contínuo e Atualizações Regulatórias: à medida em que as tecnologias digitais evoluem, é vital que os reguladores realizem monitoramentos contínuos das práticas de IA assegurando que as regulamentações permaneçam relevantes e eficazes. Isso requer investimentos em pesquisa e desenvolvimento para atualizar as metodologias regulatórias, incorporando novas evidências e aprendizados.

Em um cenário onde o domínio digital das *Big Techs* continua a se expandir, a regulação se torna uma responsabilidade coletiva e um tema de grande repercussão. As tecnologias de IA, quando utilizadas de maneira ética e inovadora, podem não apenas promover a concorrência, mas também criar um ambiente que proteja os direitos dos consumidores e fomenta a inovação. A capacidade de adaptar regulamentos à rápida evolução da tecnologia é essencial para garantir que os mercados permaneçam justos e acessíveis.

A regulamentação da IA no contexto dos monopólios digitais é um campo em constante evolução. Algumas áreas para futuras pesquisas incluem:

-Análise Longitudinal: Investigar como as regulamentações focadas em IA influenciam o comportamento das plataformas digitais ao longo do tempo.

- Avaliação de Impacto: Pesquisar o impacto das políticas de regulação digital sobre a inovação e o surgimento de novas empresas em mercados saturados.

- Desenvolvimento de Tecnologias Abertas: Examinar o papel das tecnologias de código aberto na democratização do acesso a ferramentas de IA para reguladores e pequenas empresas.

- Estudo de Casos Multinacionais: Analisar como diferentes jurisdições aplicam a IA na regulação e quais melhores práticas podem ser compartilhadas globalmente. Essas áreas de pesquisa podem contribuir para a formação de políticas públicas mais informadas, garantindo que a IA sirva à sociedade como um todo e não apenas aos interesses de poucos. Além disso, um olhar crítico sobre as consequências sociais e éticas da IA será vital para continuar avançando em direção a uma economia digital mais justa e equitativa.

VII. IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DA REGULAÇÃO DA IA

Para que a regulação com o uso de IA seja efetiva, é importante que sejam desenvolvidos modelos de implementação que considerem as especificidades de cada mercado. Por exemplo, a criação de plataformas de monitoramento em tempo real pode permitir que os reguladores tenham acesso contínuo às operações das grandes plataformas digitais. Esses modelos devem promover a adaptação às diferentes realidades de mercado, considerando tanto as particularidades locais quanto a necessidade de conformidade global.

VII. I. Capacitação de Recursos Humanos

A capacitação de recursos humanos nas agências reguladoras é essencial para a implementação bem-sucedida da IA. Isso envolve treinamentos regulares em novas tecnologias, algoritmos e suas implicações para a economia e o direito. Além disso, a formação em ética e responsabilidade no uso da IA deve ser incorporada ao currículo de profissionais que atuarão na regulação. A necessidade de expertise multissetorial, que una conhecimentos de tecnologia, direito, ética e economia, é uma prioridade.

VII.III. Desafios de Integração Tecnológica

A integração de ferramentas de IA nas práticas regulatórias existentes pode ser desafiadora. Um dos principais obstáculos é a resistência à mudança por parte dos reguladores e das próprias empresas. Uma abordagem gradual para a integração da IA, que inclua fases de testes e feedback contínuo, pode ajudar a mitigar essa resistência e garantir que os sistemas sejam eficazes e aceitos por todos os envolvidos.

VIII. ESTUDOS DE CASO INTERNACIONAIS: Lições Aprendidas

VIII.I Exemplo da União Europeia

A União Europeia tem sido uma líder na regulamentação do uso de tecnologias digitais, especialmente com a introdução do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) e o *Digital Markets Act* (DMA). O DMA estabelece diretrizes claras para empresas que operam plataformas digitais, restringindo práticas monopolistas e promovendo a concorrência. Os estudos de caso demonstram que, após a implementação do DMA, houve um efeito positivo na competitividade do mercado, com várias novas startups entrando em setores anteriormente dominados por gigantes tecnológicos.

VIII.II. Experiência Brasileira com o CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por meio do Projeto Cérebro, demonstrou que a utilização de IA pode não apenas ajudar na detecção de práticas monopolistas, mas também acelerar a investigação de casos de cartel. A experiência brasileira destaca a importância da coleta e análise de dados em tempo real, permitindo uma resposta rápida a indícios de violação das regras de competição. A documentação das práticas adotadas pelo CADE pode servir de modelo para outras jurisdições que buscam implementar tecnologias semelhantes.

IX. DIRETRIZES PARA O USO ÉTICO DA IA NA REGULAÇÃO

Para assegurar que a inteligência artificial seja utilizada de forma ética e responsável, sugerem-se as seguintes diretrizes:

1. **Transparência nas Decisões Algorítmicas:** É imperativo que os algoritmos utilizados em processos regulatórios sejam claros e auditáveis, permitindo que suas decisões possam ser compreendidas e justificadas.

2. **Interação Humano-Máquina:** A regulação deve garantir a interação contínua entre humanos e máquinas, onde as decisões finais sejam, sempre que possível, acompanhadas por revisões humanas para evitar erros graves que possam impactar o mercado.

3. **Atualização Contínua das Diretrizes:** À medida que a tecnologia avança, as diretrizes regulatórias também devem evoluir. Regulações estáticas podem não se adaptar adequadamente a novas inovações ou mudanças nas práticas do mercado.

X. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo sobre o uso da inteligência artificial na regulação de monopólios digitais destaca tanto o potencial transformador da IA quanto os desafios éticos e práticos que ainda carecem de atenção. A implementação de ferramentas de IA em práticas regulatórias pode significar um avanço significativo em direção a mercados mais justos e transparentes, mas requer uma abordagem cuidadosa e colaborativa. O desenvolvimento de um arcabouço regulatório robusto que inclua transparência, responsabilidade e capacitação pode garantir que a IA sirva ao bem público e promova a equidade no ambiente digital. Portanto, ao avançar no uso da IA na regulação de monopólios digitais, a colaboração entre governos, empresas e a sociedade civil será essencial para fomentar um ecossistema econômico que não apenas suporte a inovação, mas que também proteja os direitos dos consumidores e promova uma concorrência justa e equilibrada.

Diante das conclusões apresentadas, é necessário que todos os *stakeholders* no ecossistema digital se unam em um esforço conjunto. Reguladores devem assumir a liderança na formulação de políticas e práticas que incorporem a inteligência artificial de maneira a beneficiar a sociedade como um todo, mantendo a responsabilidade social e ética como pilares centrais da regulação. Vários aspectos ainda precisam ser explorados na interseção entre a IA e a regulação econômica, como a gestão de dados regulatórios, a adaptação às mudanças tecnológicas e as implicações sociais de tais mudanças. Isso abrirá espaço para novas pesquisas e para o desenvolvimento de modelos regulatórios mais eficazes e adaptativos.

REFERÊNCIAS

BINNS, Reuben. Fairness in machine learning: lessons from Political Philosophy. *Proceedings of machine learning research*, v. 81, p. 1-11, 2018. Disponível em: <http://proceedings.mlr.press/v81/binns18a/binns18a.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Projeto Cérebro: análise de dados para identificação de cartéis. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, [2023]. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/>. Acesso em: 15 set. 2024.

EUROPEAN COMMISSION. Digital Markets Act. [S. l.]: European Commission, [2023]. Disponível em: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/index_en. Acesso em: 20 set. 2024.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. [S. l.]: Harvard University Press, 2016.

MACFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON, Erik. *Machine, platform, crowd: harnessing our digital future*. [S. l.]: W.W. Norton & Company, 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Competition*. [S. l.]: OECD, [2023]. Disponível em: <https://www.oecd.org/en/topics/competition.html>. Acesso em: 13 set. 2024.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. [S. l.]: Public Affairs, 2019.

ESTUDO COMPARADO DA ESTRUTURA LEGAL DA UBERIZAÇÃO NO BRASIL, ARGENTINA E CHILE

*ESTUDIO COMPARATIVO DEL MARCO JURÍDICO DE LA UBERIZACIÓN
EN BRASIL, ARGENTINA Y CHILE*

*COMPARATIVE STUDY OF THE LEGAL FRAMEWORK OF UBERIZATION
IN BRAZIL, ARGENTINA AND CHILE*

Mateus Rodarte de Carvalho¹⁵⁶

Resumo: O presente artigo analisa os desafios legais impostos pela ascensão das plataformas digitais e da Inteligência Artificial (IA) no contexto do trabalho, com foco na uberização. A pesquisa utiliza uma abordagem comparativa, examinando as legislações do Brasil, Argentina e Chile, e busca compreender como diferentes sistemas legais enfrentam as questões emergentes relacionadas à regulamentação do trabalho mediado por plataformas digitais. O estudo destaca a necessidade de regulamentações claras que protejam os direitos dos trabalhadores, promovam a segurança jurídica e incentivem o desenvolvimento econômico e social. A análise revela que, apesar das semelhanças nas experiências de uberização, cada país apresenta particularidades em suas abordagens legislativas, refletindo suas realidades sociais e econômicas.

Palavras-chave: Uberização. Plataforma Digital. Inteligência Artificial. Direito Comparado Regulação.

Resumen: Este artículo analiza los desafíos legales que plantea el auge de las plataformas digitales y la Inteligencia Artificial (IA) en el contexto del trabajo, con foco en la uberización. La investigación utiliza un enfoque comparativo, examinando las legislaciones de Brasil, Argentina y Chile, y busca comprender cómo los diferentes sistemas jurídicos abordan cuestiones emergentes relacionadas con la regulación del trabajo mediado por plataformas digitales. El estudio destaca la necesidad de regulaciones claras que protejan los derechos de los trabajadores, promuevan la seguridad jurídica y estimulen el desarrollo económico y social. El análisis revela que, a pesar de las similitudes en las experiencias de uberización, cada país presenta particularidades en sus enfoques legislativos, reflejo de sus realidades sociales y económicas.

Palabras clave: Uberización. Plataforma digital. Inteligencia artificial. Regulación de Derecho Comparado.

¹⁵⁶Diretor de Programação Financeira da Secretaria de Economia do DF, Auditor de Controle Interno do DF, Graduação em Economia e Direito, Pós-graduação em Gestão e Responsabilidade Fiscal, Mestrado em Economia do Setor Pública, Doutorando em Direito no IDP, <http://lattes.cnpq.br/6992504522505424>.

Abstract: This article analyzes the legal challenges posed by the rise of digital platforms and Artificial Intelligence (AI) in the context of work, with a focus on uberization. The research uses a comparative approach, examining the legislation of Brazil, Argentina and Chile, and seeks to understand how different legal systems address emerging issues related to the regulation of work mediated by digital platforms. The study highlights the need for clear regulations that protect workers' rights, promote legal certainty and encourage economic and social development. The analysis reveals that, despite the similarities in uberization experiences, each country presents particularities in its legislative approaches, reflecting its social and economic realities.

Keywords: Uberization. Digital Platform. Artificial Intelligence. Comparative Law. Regulation.

INTRODUÇÃO

A ascensão das plataformas digitais e da Inteligência Artificial (IA) trouxe novos desafios para os sistemas legais de diversos países. A relação entre os trabalhadores e as empresas, mediada por algoritmos e sistemas automatizados, tem gerado debates intensos sobre a natureza jurídica dessa interação. Este artigo examina os desafios da uberização do trabalho nos contextos legislativos do Brasil, Argentina e Chile, focando na análise das legislações constitucional, trabalhista e digital. O fenômeno da uberização do trabalho transforma relações laborais ao desconstruir paradigmas tradicionais e requer regulamentações que conciliem direitos dos trabalhadores e inovações tecnológicas. A pesquisa adota uma abordagem comparativa, evidenciando similitudes, divergências e possíveis soluções jurídicas para garantir condições dignas aos trabalhadores de plataforma.

A ascensão das plataformas digitais e da Inteligência Artificial (IA) trouxe novos desafios para os sistemas legais de diversos países. A utilização de algoritmos para mediar a relação entre trabalhadores e empresas tem levantado questões sobre como enquadrar juridicamente essas interações em sistemas legais frequentemente baseados em estruturas analógicas. No Brasil, Argentina e Chile, observa-se uma diversidade de respostas regulatórias que refletem os contextos sociais, econômicos e políticos de cada país. A legislação voltada para a regulação das plataformas digitais e o impacto das inovações tecnológicas, como a IA, são fundamentais para garantir direitos e deveres equilibrados entre as partes envolvidas.

O crescimento da economia de plataformas e a ausência de regulação uniforme destacam a relevância deste estudo, que busca preencher lacunas na análise comparativa da legislação do Brasil, Argentina e Chile. O fenômeno chamado de "uberização" gera debates nos três países quanto à precarização e à proteção social dos trabalhadores digitais. No Brasil, Argentina e Chile, o Marco Civil da Internet serve como uma base inicial para a regulação das

plataformas digitais, mas mostra-se insuficiente para abordar as especificidades do trabalho mediado por algoritmos. A ausência de diretrizes claras para a relação entre trabalhadores e plataformas reflete a dificuldade de enquadrar essas novas dinâmicas dentro dos sistemas jurídicos existentes. Além disso, a ascensão da Inteligência Artificial (IA) intensifica os desafios regulatórios ao permitir uma gestão automatizada e opaca dos trabalhadores digitais. Ferramentas de IA, como algoritmos de ranqueamento e monitoramento, levantam questões sobre transparência, privacidade e direitos trabalhistas, exigindo uma revisão mais ampla das políticas digitais nos três países.

Esse artigo busca explorar como os marcos legais desses três países tratam as relações entre trabalhadores e plataformas digitais no contexto da IA. O Brasil, com seu marco inicial focado em regulamentação de plataformas de transporte, a Argentina, com suas políticas de incentivo tecnológico, porém, sem regulação e previsão legal para o trabalho dos motoristas de aplicativos, e o Chile, que apresenta uma legislação robusta e específica para trabalhadores de plataformas digitais, todavia sem regulamentação; assim fornecem cenários distintos para a análise. Esta discussão é embasada em estudos de caso e na literatura jurídica recente, como destaca Callejón, (2022) que aborda os aspectos legais da economia digital em seu livro *La Constitución del Algoritmo*.

O objetivo deste artigo é analisar as implicações legais da uberização no Brasil, Argentina e Chile, destacando as semelhanças, as diferenças e os desafios no contexto dos marcos legais da inteligência artificial, assim como identificando soluções regulatórias e avaliando as decisões judiciais mais relevantes. Busca-se, ainda, identificar as melhores práticas que possam servir de referência para a regulamentação do trabalho nas plataformas digitais. A ausência de regulamentações claras para plataformas digitais e o uso crescente de inteligência artificial geram insegurança jurídica e impactam trabalhadores e empresas. Este estudo se justifica pela necessidade de compreender como diferentes sistemas legais enfrentam esses desafios e o impacto dessas escolhas no desenvolvimento econômico e social.

A pesquisa utiliza o método comparativo que se baseia em uma abordagem qualitativa, de cunho exploratório. Desse modo, foram utilizadas fontes bibliográficas competentes, legislações internacionais e nacionais, propostas legislativas acerca da temática pesquisada, buscando o arcabouço conceitual necessário para a discussão.

I. Marco Teórico

O marco teórico deste estudo aborda a inovação do modelo de negócios conhecido como uberização, que se caracteriza pela prestação de serviços por intermédio de plataformas digitais. Esse fenômeno tem sido impulsionado pela tecnologia e altera significativamente a forma como o trabalho é realizado. A uberização pode ser definida pela flexibilidade e autonomia dos trabalhadores, bem como pela descentralização da oferta de serviços.

Segundo reportagem de Do Brasil (2023), em 2023, o estudo realizado e divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apresentou uma análise detalhada do trabalho realizado por meio de plataformas digitais no Brasil, destacando os desafios enfrentados por esses trabalhadores. Segundo o relatório do estudo, no quarto trimestre do ano de 2022 a população ocupada com 14 anos ou mais no setor privado totalizou 87,2 milhões de pessoas; desse total, aproximadamente 2,1 milhões envolvidos em atividades mediadas por plataformas digitais; desse grupo, 1,5 milhão – representando 1,7% da população ocupada no setor privado – atuou em aplicativos de serviços, enquanto 628 mil trabalharam em plataformas de comércio eletrônico. O aplicativo de mobilidade (transporte particular) de passageiros foi a plataforma digital mais utilizada pelos usuários pesquisados, cerca de 47,2%, seguido do serviço de entrega de comida, produtos, etc com 39,5%, do aplicativo de táxi convencional 13,9% e do aplicativo de prestação de serviços gerais ou profissionais 13,2%. Ou seja, o quantitativo de trabalhadores que utilizam e intermediam o trabalho por meio de plataformas digitais é expressivo e por isso objeto pertinente para o estudo.

No entanto, os trabalhadores de plataformas digitais, muitas vezes, classificados como autônomos ou microempreendedores, enfrentam desafios em termos de proteção social e previdenciária, pois os sistemas tradicionais foram concebidos em um contexto de empregos formais e contratos de longo prazo, Hamano e De Oliveira (2023). Assim, a integração desses trabalhadores nos sistemas de **previdência social** tem sido desigual e fragmentada, gerando desafios regulatórios e de inclusão social, pois, frequentemente apresentam baixos níveis de contribuição.

De acordo com a matéria jornalística de Alegretti (2024), o economista e pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Leonardo Rangel, especializado em trabalho e previdência, destaca a complexidade das relações de emprego nas plataformas digitais, especialmente no contexto dos motoristas subordinados aos algoritmos das empresas. Esses algoritmos dos aplicativos gerenciam e avaliam o desempenho dos trabalhadores, introduzindo uma forma de subordinação atípica. Contudo, a comodidade oferecida por esses modelos de trabalho digital é significativa, permitindo que os trabalhadores desliguem o

aplicativo e interrompam o trabalho a qualquer momento, conforme sua conveniência, demonstrando um *trade-off*.

Na mesma matéria de Alegretti (2024), o economista Rangel observa uma dualidade no trabalho via aplicativos, que combina elementos tão arcaicos quanto modernos, uma vez que a modernidade se manifesta no uso de tecnologias avançadas, enquanto o aspecto arcaico se reflete na falta de regulamentação e proteção dos trabalhadores que utilizam a plataforma, resultando em rendimentos baixos e instáveis para os trabalhadores. Essa situação é ilustrada pelo fato de que, de acordo com um estudo realizado pelo economista apontou que apenas um a cada quatro entregadores e motoristas autônomos paga contribuição ao INSS no Brasil. Esta realidade expõe os desafios enfrentados pelos trabalhadores de plataformas digitais, que, apesar da autonomia operacional, enfrentam condições de trabalho precárias e de vulnerabilidade econômica tanto na ótica do estado que não tem arrecadação de tributos por parte dos trabalhadores e quanto na ótica da sociedade pois o trabalho é precário e mal remunerado.

A reportagem de Alegretti (2024), aponta que o Chile implementou uma legislação específica a nível regulamentar como novas formas de trabalho surgidas com o uso de plataformas digitais, em 2022. Um dos aspectos principais dessa reforma é a possibilidade de o trabalhador de aplicativo ser classificado como dependente ou independente, conforme as condições. Entre as medidas previstas, a lei inclui a obrigatoriedade de arrecadação tributária e o acesso à proteção social para esses trabalhadores. Também foi estipulado que os salários por hora trabalhada não poderão ser inferiores à proporção do salário-mínimo mensal por hora, acrescida de 20%. Além disso, a legislação garante um período mínimo de doze horas de desconexão contínua a cada 24 horas.

I.I Trabalhadores Digitais

Segundo trabalho de Sarlo (2023), trabalhador digital refere-se a indivíduos que realizam atividades laborais por meio de plataformas digitais, muitas vezes em condições precárias e sem garantias de direitos trabalhistas. Esses trabalhadores podem incluir motoristas de aplicativos, freelancers e outros profissionais que dependem de plataformas online para encontrar e executar tarefas. A autora destaca que muitos desses trabalhadores vivem sem contrato de trabalho, em situações de trabalho intermitente ou temporário, e enfrentam desafios como a falta de proteção social, baixa remuneração e a informalização do trabalho.

Em diversos países da Europa e nos Estados Unidos, a ascensão das empresas-plataforma tornou-se notável a partir de 2010, impulsionada pela convergência entre o aumento

do desemprego após a Grande Crise de 2008-2009 e o crescente acultramento digital dos consumidores. Esse cenário criou as condições ideais para que plataformas digitais captassem as multidões necessárias para o seu funcionamento, (Cardoso e Garcia, 2021). Com o crescimento da tecnologia digital e a falta de oportunidades de emprego formal, muitos trabalhadores migraram para o mercado de plataformas digitais, em que a promessa de flexibilidade e ganhos rápidos atraiu milhões de pessoas.

O mercado de trabalho digital registrou um crescimento significativo após a pandemia de COVID-19, impulsionado pela expansão das plataformas digitais, como Uber, Rappi e iFood, durante esse período. Os trabalhadores vinculados a essas plataformas configuram uma nova categoria de força de trabalho, marcada por características como autonomia e flexibilidade. Contudo, conforme Contanzi (2023), estima-se que apenas 25% dos trabalhadores autônomos, incluindo motoristas e motociclistas, realizem contribuições para a previdência social, evidenciando desafios para a inclusão previdenciária dessa parcela da população economicamente ativa.

A autonomia proporcionada pelo modelo de trabalho em plataformas digitais está frequentemente associada a um processo de precarização das relações laborais. Tal precarização se manifesta pela exclusão desses trabalhadores do acesso aos direitos e proteções assegurados aos empregados formais, incluindo a cobertura previdenciária. Conforme destacado por Macedo e Armânio (2024), as plataformas digitais, ao enquadrarem esses profissionais como autônomos ou microempreendedores individuais, os afastam das contribuições previdenciárias compulsórias e dos benefícios abrangentes previstos nos sistemas tradicionais de previdência social.

Essa configuração abordada por Macedo e Armânio (2024) gera uma lacuna considerável na rede de proteção social, evidenciando vulnerabilidades significativas para esses trabalhadores. A ausência de mecanismos de proteção impacta diretamente sua segurança econômica e bem-estar em situações de doença, invalidez ou aposentadoria. A análise dessa problemática reforça a necessidade de reavaliar os modelos de inclusão previdenciária para trabalhadores de plataformas digitais, a fim de garantir sua integração em um sistema que assegure direitos equivalentes aos previstos para os trabalhadores formais.

De acordo com Ferreira (2023), a **uberização** do trabalho, embora ofereça maior flexibilidade e autonomia para os trabalhadores, acarreta uma acentuada precarização das relações laborais. Essa precarização é marcada pela ausência de direitos sociais essenciais, como a cobertura previdenciária, o direito a férias remuneradas e o acesso a assistência médica. Por sua vez, discute as profundas mudanças no mercado de trabalho impulsionadas pela Quarta

Revolução Industrial, destacando como a automação e a digitalização deram origem a novas modalidades de emprego, incluindo a economia compartilhada e o trabalho mediado por plataformas digitais. Esses modelos desafiadores colocam em xeque as estruturas tradicionais de proteção social, sobretudo os sistemas de previdência e trabalhista, (De Almeida, 2021).

É salutar que o sistema tributário adapte às demandas dessa nova realidade econômica com o objetivo de garantir a inclusão e a proteção dos trabalhadores digitais. Muitos desses profissionais, que atuam em plataformas como a Uber, encontram-se à margem dos benefícios e direitos historicamente assegurados aos trabalhadores formais, evidenciando a necessidade de reformas estruturais que assegurem maior equidade e sustentabilidade no modelo previdenciário.

Assim sendo, as transformações impactaram profundamente o mercado de trabalho digital, criando novas modalidades de emprego em que a relação entre capital e trabalho se tornou mais fluida. Os trabalhadores digitais, em sua maioria, não possuem o vínculo empregatício tradicional, esses trabalhadores geralmente não têm acesso a benefícios como previdência social, seguro-desemprego ou direitos trabalhistas básicos.

I.II Uberização

A "uberização" refere-se a um modelo de organização do trabalho que se caracteriza pela utilização de plataformas digitais para intermediar a prestação de serviços, geralmente de forma flexível e sob demanda. Esse conceito é derivado da empresa Uber, que popularizou esse modelo no setor de transporte, mas que se expandiu para diversas outras áreas. A uberização implica em novas formas de controle e gestão do trabalho, onde os trabalhadores, muitas vezes autônomos, são subordinados a algoritmos e sistemas de avaliação que influenciam suas condições de trabalho e remuneração, (Zamora, 2022).

A uberização, no entanto, vai além de uma mera intermediação digital; ela representa uma mudança estrutural no mercado de trabalho, redefinindo as fronteiras entre autonomia e subordinação. Apesar de proporcionar maior flexibilidade, esse modelo geralmente implica na desregulamentação das relações laborais, uma vez que os trabalhadores são tratados como autônomos, sem vínculo empregatício formal.

Essa configuração resulta na ausência de garantias trabalhistas e sociais, como férias, décimo terceiro salário e acesso pleno à previdência social, evidenciando a precarização das condições de trabalho. Assim, a uberização simboliza não apenas inovação tecnológica, mas também um desafio para os sistemas tradicionais de regulação e proteção social. A uberização

frequentemente está associada à precarização do trabalho, onde os trabalhadores enfrentam insegurança em relação a direitos trabalhistas, benefícios e condições de trabalho, (Zamora, 2022).

I.III Direito Comparado da Uberização

Segundo Abalos (2017), o conceito de Estado social de direito, que é frequentemente consagrado nas constituições, implica que o Estado tem a obrigação de promover e garantir os direitos sociais que reflete diretamente em políticas públicas e legislações que visam assegurar condições mínimas de vida digna para todos os cidadãos; desta forma, é salientar que os direitos sociais dos motoristas de aplicativos devem ser garantidos, pois antes de serem trabalhadores são cidadãos que justifica a deve dos direitos constitucionais fundamentais.

O Direito Comparado permite uma análise e comparação de diferentes ordenamentos jurídicos, ajudando a identificar pontos comuns e particularidades, o que favorece a compreensão das características básicas de diversos países e suas instituições. O amadurecimento do Direito Comparado transformou-o de uma preocupação meramente acadêmica em uma ferramenta prática que tem repercussões significativas na ciência do Direito, bem como em áreas políticas e econômica, Ovídio (1984).

Segundo Godoy e Ribeiro (2020), o direito comparado pode ser visto como um esforço de resgate historiográfico e enfrenta diversos problemas metodológicos. O direito comparado não se limita apenas ao estudo do direito estrangeiro, mas também reflete sobre as razões dessas diferenças e similaridades, o que é conhecido como a dimensão jurisprudencial. Pode-se considerar uma ciência do direito e levanta questões sobre sua definição, utilidade prática e a possibilidade de um "esperanto jurídico", ou seja, uma linguagem jurídica universal que facilite a comunicação entre diferentes sistemas legais. Além disso, o direito comparado é instrumental na compreensão das relações jurídicas em um contexto globalizado, onde o conhecimento de outros direitos é essencial para a prática profissional e a atividade negocia.

A análise comparativa ajuda a captar o espírito das instituições jurídicas e as relações entre o Direito e a realidade social em cada país. Por exemplo, ao estudar a legislação sobre regulação da mobilidade social por meio de plataformas digitais nos três países, Brasil, Argentina e Chile, pode-se entender como fatores culturais influenciam a interpretação e aplicação das normas. A comparação pode revelar práticas jurídicas eficazes em um país que poderiam ser adaptadas e implementadas em outros, isto é, se um país tem um sistema de

mediação de conflitos que reduz a litigiosidade, outros países podem considerar a adoção de práticas semelhantes para melhorar seus próprios sistemas jurídicos, (Ovídio, 1984).

Teoricamente, o direito comparado se fundamenta em três dimensões interrelacionadas: o estudo das regras e instituições de diferentes sistemas jurídicos, a determinação das diferenças e similaridades significativas entre essas regras e instituições, e a reflexão sobre as razões subjacentes a essas diferenças e similaridades, (Godoy e Ribeiro (2020). No contexto da uberização, essa estrutura teórica se aplica ao examinar como cada país tem abordado a intermediação digital de serviços e as implicações para os direitos dos trabalhadores.

Além disso, o direito comparado permite uma reflexão crítica sobre as implicações sociais e econômicas das legislações em questão. A análise das respostas legais à uberização revela como as diferentes tradições jurídicas e contextos sociais influenciam a proteção dos direitos dos trabalhadores, destacando a necessidade de um diálogo contínuo entre os sistemas jurídicos e as realidades do mercado de trabalho. Assim, o direito comparado se torna uma ferramenta teórica essencial para a compreensão da legislação da uberização, contribuindo para a formulação de políticas públicas que garantam um ambiente de trabalho mais justo e equitativo em um cenário de rápidas transformações.

I.III.I Caso Brasileiro

No Brasil, a abordagem dos direitos sociais para motoristas de aplicativos é marcada por um dilema entre o enquadramento como trabalhadores autônomos e a proteção assegurada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Constituição Federal de 1988 garante princípios como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que embasam os debates sobre a necessidade de regulamentações específicas para esse setor. No entanto, não há, até o momento, uma legislação federal que defina de forma clara a relação jurídica desses trabalhadores com as plataformas.

A regimentação trabalhista atual, através da CLT, não se aplica diretamente aos motoristas de aplicativos, uma vez que as plataformas argumentam que oferecem apenas serviços de intermediação. Essa situação gera controvérsias sobre os direitos desses trabalhadores, como acesso à previdência, descanso semanal e férias remuneradas. Recentemente, projetos de lei têm sido apresentados no Congresso Nacional para criar um marco regulatório específico, mas ainda enfrentam resistência tanto das plataformas quanto de alguns setores do mercado.

Ademais, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também influenciam o cenário legal, especialmente no que tange à transparência dos algoritmos usados pelas plataformas e à proteção dos dados pessoais dos motoristas. Apesar disso, a ausência de uma regulamentação robusta continua sendo um desafio para equilibrar direitos e responsabilidades no âmbito da economia digital.

A uberização está conectada à economia digital no Brasil, especialmente em um contexto de crescimento acelerado durante a pandemia de Covid-19, onde houve uma expansão significativa dos serviços por meio de plataformas digitais. Esse crescimento foi impulsionado pela necessidade de alternativas para a circulação de mercadorias durante o distanciamento físico, resultando em um faturamento recorde para o setor, Oliveira, (2022).

Além disso, a uberização reflete uma nova forma de apropriação do trabalho, onde os trabalhadores operam em condições precárias e sem vínculo empregatício, assumindo todos os riscos de suas atividades. Essa dinâmica é sustentada por políticas neoliberais e está associada a um aumento do desemprego, precarização e informalidade no mercado de trabalho. Portanto, a relação entre plataformas digitais e a uberização no Brasil é uma manifestação da transformação das relações de trabalho na era digital, com implicações significativas para os direitos dos trabalhadores, (Oliveira, 2022).

I.III.II Caso Argentino

A Argentina tem enfrentado desafios significativos em relação ao trabalho dos motoristas de aplicativos, como Uber. A jurisprudência e as reações administrativas têm buscado entender e regular essa nova forma de trabalho. Em abril de 2016, a justiça argentina atendeu a um recurso de amparo apresentado por taxistas, que alegaram uma "grave lesão no direito a trabalhar" e a "igualdade de cargas públicas". O juiz Víctor Trionfetti ordenou a suspensão imediata das atividades da Uber em Buenos Aires, destacando que a empresa e seus motoristas estavam em melhores condições em comparação aos taxistas que cumpriam com as regulamentações, (Delgue, 2017).

Na Argentina, a chegada da Uber gerou conflitos com os sindicatos de taxistas e outras organizações, evidenciando a resistência à nova dinâmica de trabalho que a plataforma impõe. A empresa utiliza a "gestão algorítmica" para rastrear e controlar a força de trabalho, frequentemente eludindo regulamentações trabalhistas. Assim, a conexão entre a uberização e a economia digital na Argentina é marcada pela transformação das relações de trabalho, a

mercantilização das interações e a exploração de dados, que são fundamentais para o funcionamento das plataformas digitais, (Nicolás, 2023).

A natureza do trabalho dos motoristas de aplicativos é complexa, pois, embora exista uma forma de controle através das avaliações dos clientes, a relação de subordinação tradicional é transformada. As empresas, como Uber, utilizam as avaliações dos clientes para garantir padrões de serviço, o que levanta questões sobre a verdadeira natureza da relação de trabalho. Muitos motoristas de Uber na Argentina operam de forma informal, sem as devidas licenças ou registros, o que os coloca em uma posição vulnerável em comparação com motoristas de táxi que seguem as regulamentações que gera um debate sobre a necessidade de uma regulamentação que proteja tanto os motoristas de aplicativos quanto os taxistas, Delgue, (2017).

I.III.III Caso Chileno

A "uberização" refere-se à tendência de transformar serviços tradicionais em modelos baseados em plataformas digitais, onde a intermediação é feita por meio de aplicativos. No Chile, isso se manifesta na forma como Uber e outras plataformas digitais de transporte (como DIDI e Cabify) operam, promovendo um sistema que prioriza a flexibilidade e a autonomia dos trabalhadores, mas que também levanta questões sobre direitos trabalhistas e segurança econômica. A entrada de plataformas digitais como Uber no mercado chileno trouxe à tona a necessidade de regulamentação específica, Araya, (2024).

A Lei nº 21.431, que entrou em vigor em setembro de 2022, busca estabelecer condições mínimas para os motoristas que operam em plataformas digitais, reconhecendo a necessidade de um marco legal que proteja os direitos dos trabalhadores enquanto se adapta à nova realidade da economia digital. A uberização tem implicações significativas para a força de trabalho no Chile, pois redefine as relações de trabalho e os direitos dos trabalhadores. A falta de um vínculo formal de emprego entre Uber e os motoristas gera debates sobre a proteção social e os direitos trabalhistas, refletindo uma mudança nas dinâmicas de emprego na era digital, (Araya, 2024).

A empresa Uber oferece uma oportunidade de trabalho flexível, permitindo que mais pessoas se tornem motoristas, o que pode contribuir para a redução das taxas de desemprego. A plataforma promove campanhas contra a condução sob a influência do álcool, incentivando comportamentos mais responsáveis entre os usuários. O uso de plataformas digitais como o

Uber pode ajudar a diminuir a brecha digital, aumentando o número de pessoas que têm acesso a serviços de transporte modernos e eficientes, (González, 2020).

A autorregulação das plataformas pode dificultar a proteção dos direitos dos consumidores, uma vez que a plataforma pode atuar como "juiz e parte" em eventuais conflitos. A presença do Uber pode gerar efeitos anticompetitivos, uma vez que compete diretamente com os táxis, o que pode prejudicar a concorrência no mercado. A autorregulação pode abrir espaço para práticas discriminatórias por parte das plataformas em relação a motoristas e passageiros. A operação do Uber se encontra em uma "zona regulatória cinza", levantando questões sobre a proteção dos direitos dos consumidores, a proteção laboral dos motoristas e a concorrência justa no mercado de táxis, (González, 2020).

II. TECENDO ALGUMAS REFLEXÕES

No Brasil, a legislação que regula a uberização, como a Lei nº 13.640/2018, busca formalizar a atividade de transporte por aplicativos, mas enfrenta críticas por não garantir adequadamente os direitos trabalhistas dos motoristas. Essa situação reflete uma tentativa de equilibrar a inovação tecnológica com a proteção dos trabalhadores, mas também revela as limitações de um modelo que ainda se baseia em conceitos tradicionais de emprego. A análise comparativa permite identificar como essa abordagem se diferencia da adotada na Argentina, em que as decisões judiciais que regulamenta o serviço prestado pelos motoristas de aplicativos, não há lei expressa.

O Quadro 1 compara a regulamentação dos trabalhadores digitais e dos motoristas de aplicativos no Brasil, Chile e Argentina, destacando as abordagens legais adotadas em cada país. No Brasil, não há regulamentação específica para trabalhadores digitais, mas existe o Projeto de Lei 536/24 para regular a profissão de motorista autônomo e a Lei 13.640/2018, que regulamenta o transporte remunerado privado individual de passageiros. O Chile, por outro lado, possui regulamentação específica para ambas as categorias: a Lei 21.431/2022 ajusta o código trabalhista para contemplar os trabalhadores de plataformas digitais, e a Lei 21.553/2023 regula as aplicações de transporte remunerado de passageiros. Na Argentina, não há uma legislação nacional específica para essas categorias, mas a Lei 20.744/1974, que regulamenta contratos de trabalho, se aplica genericamente aos trabalhadores de plataformas digitais. Para motoristas de aplicativos, a Argentina depende de decisões judiciais sobre a legalidade do serviço. A comparação evidencia o grau de detalhamento e a adequação da legislação em cada país frente às novas relações de trabalho geradas pela economia digital

Quadro 1 – Direito Comparado entre Brasil, Chile e Argentina: Regulamentação do trabalhador Digital e Transporte por Aplicativos

Comparações	Brasil	Chile	Argentina
Regulamentação dos Trabalhadores Digitais	Não tem legislação específica	Lei nº 21.431/2022 modifica o código trabalhista que regula o contrato de trabalhadores de empresas de plataforma de serviço digital	Aprova o Regime do Contrato de Trabalho (L.C.T.), cujas disposições serão incorporadas e observadas como lei da Nação não se referindo a direitos trabalhistas específicos de trabalhadores digitais.
Regulamentação dos motoristas de aplicativos	O Projeto de Lei 536/24 regulamenta a profissão de motorista autônomo de serviços de mobilidade urbana LEI Nº 13.640/2018 regulamenta o transporte remunerado privado individual de passageiros.	Lei nº 21.553/2023 regula os aplicativos de transporte pago de passageiros e os serviços prestados por eles	Não há uma regulamentação por uma lei nacional específica. No entanto, há decisões judiciais que trataram de sua legalidade

Fonte: Elaborado pelo próprio autor baseado na Legislação do Brasil, Chile e Argentina

A abordagem do governo em relação à “uberização” varia de acordo com o país. No contexto do mercado de trabalho digital, a previdência social enfrenta o desafio de se adaptar a uma força de trabalho cada vez mais flexível e descentralizada. No Brasil, a legislação previdenciária ainda se baseia em modelos que privilegiam o emprego formal, o que pode deixar os trabalhadores digitais em uma situação de vulnerabilidade. Em contrapartida, o Chile tem buscado implementar reformas que visam incluir trabalhadores autônomos e informais no sistema de seguridade social, embora ainda enfrente desafios significativos. A Argentina, por sua vez, tem avançado em discussões sobre a proteção dos trabalhadores da economia digital, mas a implementação de políticas eficazes ainda é um tema em aberto.

No Brasil, a discussão encontra-se mais centrada em como adaptar a legislação trabalhista existente, enquanto na Argentina e no Chile, há um movimento mais proativo para criar novas leis que abordem diretamente as especificidades do trabalho nas plataformas digitais. O Brasil ainda não possui uma legislação específica que regule o trabalho nas plataformas digitais, embora haja propostas em discussão. Em contraste, a Argentina implementou a Lei de Trabalho por Aplicativos em 2021, que busca garantir direitos básicos aos trabalhadores de plataformas, conforme (Paxeco, 2024).

Em relação à a jurisprudência, no caso brasileiro ainda está em desenvolvimento, com tribunais enfrentando desafios para aplicar a legislação existente a casos de “uberização”, além da baixa adesão dos trabalhadores de plataformas ao sistema de previdência. Na Argentina, já existem decisões que reconhecem direitos trabalhistas para motoristas de aplicativos, enquanto no Chile, a jurisprudência está começando a se formar em torno das novas leis propostas.

Em comparação, o Chile possui um sistema de capitalização individual que, embora tenha suas vantagens, também apresenta desvantagens, como a exclusão de trabalhadores informais e a dificuldade de acesso a benefícios. No Chile, a Lei 21.431/2022, promulgada em 2022, estabelece a regulamentação específica para trabalhadores de plataformas digitais. Esta legislação define as condições de trabalho e os direitos desses trabalhadores, diferenciando entre prestadores independentes e empregados das plataformas. A lei assegura direitos básicos, como jornada de trabalho, remuneração mínima, descanso, segurança no trabalho e a possibilidade de contribuir para a seguridade social, mesmo para trabalhadores classificados como independentes. A Lei 21.431/2022 também impõe obrigações fiscais às empresas proprietárias de plataformas digitais. As plataformas que operam no Chile devem cumprir com a legislação tributária nacional, o que inclui a responsabilidade de contribuir para a seguridade social dos trabalhadores, quando aplicável, e o recolhimento de impostos de acordo com as leis fiscais chilenas que garante que essas empresas contribuam para a receita tributária, ajudando a financiar o sistema de seguridade social e outras obrigações fiscais do país.

Segundo Oliveira et al. (2020), a ausência de uma regulamentação clara e específica no Brasil e na Argentina evidencia a complexidade de incorporar os trabalhadores digitais em sistemas previdenciários concebidos para uma era pré-digital. O cenário atual apresenta um dilema: enquanto as plataformas digitais argumentam que oferecem autonomia e flexibilidade, há uma crescente preocupação com a precarização das condições de trabalho e a ausência de uma rede de proteção social.

Embora, cada país tenha implementado medidas para abordar a inclusão previdenciária desses trabalhadores, ainda há uma lacuna significativa na garantia de direitos sociais e na proteção contra a precariedade. A análise comparativa demonstra que a legislação atual em cada país carece de uma abordagem específica que reconheça e acomode as particularidades do trabalho digital. Ao reconhecer essas as é possível garantir a proteção social e evitar a precarização do trabalho. As experiências desses países podem servir de base para futuras reformas que promovam a inclusão previdenciária em um mercado de trabalho cada vez mais digital e flexível.

Ademais, as discussões legislativas em curso sugerem a necessidade de um modelo híbrido que considere a natureza do trabalho digital e ofereça uma cobertura previdenciária

mínima obrigatória. Além disso, é necessário um esforço conjunto para fiscalizar e assegurar que as plataformas cumpram suas responsabilidades, promovendo uma contribuição justa para a previdência social e garantindo que os trabalhadores digitais não sejam excluídos do sistema de seguridade social.

Para melhorar a regulamentação da uberização nos contextos do Brasil, Argentina e Chile, uma alternativa promissora seria a criação de modelos híbridos de trabalho para os motoristas de aplicativos, estabelecendo categorias intermediárias entre o trabalhador autônomo e o empregado formal ambos com garantias trabalhistas. Essa solução possibilitaria maior flexibilidade regulatória por parte do Estado, atendendo às particularidades do trabalho mediado por plataformas digitais, ao mesmo tempo em que garantiria níveis mínimos de proteção social, trabalhista e previdenciária para os trabalhadores. Por exemplo, poderia ser implementada uma categoria jurídica especial, em que motoristas tivessem acesso a benefícios parciais como seguro-acidente, contribuição facilitada para previdência e direitos mínimos como descanso e limitação da jornada de trabalho, adaptados conforme as realidades legislativas, econômicas e sociais de cada país. Tal abordagem promoveria um equilíbrio mais justo entre inovação tecnológica e proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores digitais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos desafios legais trazidos pela uberização do trabalho revela a urgência de uma resposta legislativa eficaz que considere as especificidades de cada sistema jurídico. A pesquisa demonstrou que, embora Brasil, Argentina e Chile compartilhem a experiência da digitalização do trabalho, as abordagens adotadas para regulamentar as plataformas digitais variam significativamente. Essa diversidade reflete não apenas as diferenças culturais e sociais, mas também as distintas prioridades políticas e econômicas de cada país. Portanto, é fundamental que os legisladores considerem essas particularidades ao desenvolver políticas que visem proteger os trabalhadores e promover um ambiente de trabalho justo e seguro.

Além disso, a necessidade de um "esperanto jurídico" se torna evidente, uma vez que a globalização das plataformas digitais exige uma linguagem comum que facilite a comunicação entre os diferentes sistemas legais. A criação de normas internacionais que orientem a regulamentação do trabalho em plataformas digitais pode ser uma solução viável para mitigar a insegurança jurídica e garantir direitos fundamentais aos trabalhadores. Essa abordagem não

apenas promoveria a proteção dos direitos dos trabalhadores, mas também incentivaria a inovação e o crescimento econômico em um ambiente digital em constante evolução.

Por fim, a pesquisa ressalta a importância de um diálogo contínuo entre os diferentes atores envolvidos, incluindo governos, empresas e trabalhadores, para construir um arcabouço regulatório que atenda às necessidades de todos. A colaboração entre os países da América Latina pode resultar em melhores práticas e soluções inovadoras que enfrentem os desafios da uberização de forma eficaz. Assim, a construção de um futuro do trabalho mais justo e equitativo depende da capacidade dos sistemas legais de se adaptarem às novas realidades trazidas pela tecnologia, garantindo que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados e promovidos em um cenário globalizado.

REFERÊNCIAS BIOGRÁFICAS

ÁBALOS, María Gabriela El Los treinta años de la Constitución de Córdoba de 1987 y su incidencia en el constitucionalismo nacional y provincial. *Derecho Constitucional*, N. 14. 223, (2017).

ALEGRETTI, Laís (2024). Motorista e entregador: como são as regras para trabalhadores de app em outros países. BBC News. Consultado em: 06 nov. 2024. [Regulamentação dos aplicativos: como são as regras para trabalhadores do setor em outros países - BBC News Brasil](#)

ARAYA, Marcelo P. P. Uber, Empresas Digitales de Prestación de Servicios y Laboralidad. Memoria para Optar al Título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales em Facultad de Derecho Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2024

ARGENTINA. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (Monotributo).

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (1991). Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1991. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 06 nov. 2024.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2006. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 06 nov. 2024.

CARDOSO, Ana Claudia M.; GARCIA, Lucia. Viagem ao inferno do trabalho em plataformas. *Outras Palavras*, São Paulo, 2 dez. 2021. Disponível em: <https://outraspalavras.net/trabalhoeprecariado/viagem-ao-inferno-do-trabalho-emplataformas/>. Acesso em: 15 out. 2024.

CHILE. Ley 21.133, de 2 de febrero de 2019. Establece la obligatoriedad de cotizar para los trabajadores independientes. Diario Oficial, Santiago, 2019.

DE CARVALHO ALMEIDA, Saulo Nunes. Inteligência artificial, robótica e o lado oculto de um futuro sem empregos: o inesperado papel da tributação de robôs à luz da análise econômica do direito. *Scientia Iuris*, v. 25, n. 1, p. 29-48, 2021.

DELGUE, Juan R.. La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*. Volumen 5, núm. 1, enero-marzo de 2017.

DO BRASIL, Cristina Índio. (2023). IBGE: país tem 2,1 milhões de trabalhadores de plataformas digitais. Agência Brasil Consultado em: 06 nov. 2024. [IBGE: país tem 2,1 milhões de trabalhadores de plataformas digitais | Agência Brasil](#)

GODOY, Arnaldo; RIBEIRO, Gustavo. O Direito Comparado: resgate historiográfico, conceitos e problemas metodológicos. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, 2020.

GONZÁLEZ, Javier Ignacio Cangas. ¿Regular mucho, poco o nada? La ley uber en chile y la experiencia comparada en regulación de aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales em Facultad de Derecho Departamento de Derecho Económico. 2020.

HAMANO, Patricia Sanae; DE OLIVEIRA, Lourival José. Da proteção constitucional dos trabalhadores atípicos: uma proposta para a imediata proteção dos trabalhadores plataformizados no Brasil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 89, n. 4, p. 163-183, 2023.

Haidar, Julieta e GARAVAGLIA, Pía. La “Uberización” del trabajo en el transporte de pasajeros: Uber, Cabify, Beat y Didi en el AMBA. Colección #MétodoCITRA, Volume 12. CABA: CITRA (2022).

MACEDO, Nelson L. K. F. e AMÂNCIO, Djulia R. L. P.. As plataformas digitais e o futuro da Previdência Social no Brasil. *Rev. Trib. Trab. 2. Reg.*, São Paulo, v. 16, n. 31, p. 84-99, jan./jun. 2024.

NICOLÁS, Diana Menéndez,. La (des)ilusión de la autonomía: una aproximación al trabajo en la empresa UBER en el Área Metropolitana de Buenos Aires. *Revista Reflexiones*.V.102, n. 2, 2023.

OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO). Trabalho decente e a economia de plataformas. Genebra: OIT, 2020.

OLIVEIRA, Isabela Bitencourt. Direito do trabalho e previdenciário na era da uberização. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de

Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2022

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 04, p. 2609-2634, 2020.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo* v.79 p.p 161-180, (1984).

PAXECO, Karine F. Da S.. A “uberização” e a precarização do trabalho na era digital: análise da legislação e da jurisprudência brasileira. Artigo Científico apresentado pelo Trabalho de conclusão de curso da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. 2024, Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/7458> Acesso em: 06 nov. 2024.

SARLO, Thalita. B. (2023). Onde fica a dimensão do trabalho indigno das plataformas digitais? Discutindo as nuances da uberização no centro e periferia e os desafios para os trabalhadores. In *SciELO Preprints*, 2023. Disponível em: [Onde fica a dimensão do trabalho indigno das plataformas digitais? Discutindo as nuances da uberização no centro e periferia e os desafios para os trabalhadores | SciELO Preprints](#) Acessado em 31 Out. 2024.

ZAMORA, Martín A. M.. Uberização do trabalho no contexto brasileiro: articulação do arcaico e do moderno no século XXI. Tese de Doutorado em Administração apresentado ao Programa de Pós-graduação em Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de doutor. 2022.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DEL TRATAMIENTO INDEBIDO DE DATOS PERSONALES

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DECORRENTE DO TRATAMENTO INDEVIDO DE DADOS PESSOAIS

NON-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY DERIVED FROM THE IMPROPER PROCESSING OF PERSONAL DATA

Valeska Fuentealba Sepúlveda¹⁵⁷

Francisco J. Quiero Rebolledo¹⁵⁸

Resumen: En Chile, existen diferentes normas que protegen el derecho fundamental a la protección de datos personales, estableciéndose, a nivel legal, las condiciones para su adecuado tratamiento, así como el reconocimiento de una serie de derechos que surgen para titular del dato. En ese sentido, la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, establece un régimen de responsabilidad civil aplicable ante un inadecuado tratamiento. Esta responsabilidad puede ser de diferente naturaleza, siendo el objeto de este trabajo el análisis de la pretensión civil de indemnización de perjuicios ante supuestos en que no existe un contrato entre el titular del dato y el responsable del mismo, así como el procedimiento en que se conoce dicha pretensión.

Palabras claves: Ley N° 19.628. Derechos ARCO. Responsabilidad civil extracontractual. Pretensión civil. Juicio sumario.

Resumo: No Chile, existem diversas normas que protegem o direito fundamental à proteção de dados pessoais, estabelecendo, no plano jurídico, as condições para seu tratamento adequado, bem como o reconhecimento de uma série de direitos que surgem para o titular dos dados. Nesse sentido, a Lei n° 19.628, de proteção à privacidade, estabelece um regime de responsabilidade civil aplicável ao tratamento inadequado. Essa responsabilidade pode ser de natureza diversa, sendo o objetivo deste trabalho analisar a ação civil de indenização por danos morais nos casos em que não há contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, bem como o procedimento em que tal ação é apreciada.

¹⁵⁷ Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, ambos por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Candidata a Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de Educación de la Universidad Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: valeska.fuentealba@uvm.cl.

¹⁵⁸ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso, Chile. Master in Diritto delle Nuove Tecnologie e Informatica Giuridica por la Universidad de Bolonia, Italia. Profesor de Derecho Civil y Derecho, Innovación y Tecnología de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Correo electrónico: francisco.quiero@unab.cl.

Palavras-chave: Lei nº 19.628. Direitos ARCO. Responsabilidade civil extracontratual. Reivindicação cível. Julgamento sumário.

Abstract: In Chile, there are different regulations that protect the fundamental right to the protection of personal data, establishing, at the legal level, the conditions for its proper treatment, as well as the recognition of a series of rights that arise for the data owner. In this sense, Law No. 19,628, on the protection of privacy, establishes a regime of civil liability applicable to inappropriate treatment. This liability may be of different nature, and the purpose of this work is to analyze the civil claim for compensation for damages in cases in which there is no contract between the data owner and the responsible party, as well as the procedure in which such claim is known.

Keywords: Law No. 19,628. ARCO rights. Extra-contractual civil liability. Civil claim. Summary judgment.

INTRODUCCIÓN

A la base de cada ordenamiento jurídico se hallan ideas inmanentes, las que inspiran diferentes normas jurídicas y motivan la consagración de una serie de instituciones, en el entendido de que resultan relevantes para la convivencia social y el desarrollo de las personas. Estas figuras adoptan una nomenclatura diferente dependiendo del área del derecho frente a la que nos encontremos: derechos fundamentales, derechos humanos, intereses jurídicos (Figueroa Yáñez, 2012: 82, 85-86), bienes jurídicos, entre otros. Estos valores, así como la persona y la sociedad en sí, no son estáticos, sino que su valoración y determinación están históricamente condicionados (Muñoz y García, 2015: 64), por lo que variarán de acuerdo con las necesidades de la persona y la colectividad.

En la medida que nuestra sociedad se complejiza, el ordenamiento jurídico irá dando respuesta a los problemas más sensibles de la comunidad. Hay diversos ejemplos que permiten demostrar esto, pero, sin dudas, uno que lo demuestra de manera palmaria es el desarrollo y uso de las tecnologías, las que han irrumpido en la manera en que las personas se comunican, trabajan, se relacionan con otros (Sancho, 2021: 771) e, incluso, en cómo el Estado funciona, adentrándose en ámbitos tan sensibles como la determinación de beneficios sociales (Coddou

y Smart, 2021: 302, 305)¹⁵⁹; seguridad pública, defensa y medicina (Dunstan, Maass y Tobar, 2022: 88, 90-98) o el ejercicio de la función jurisdiccional¹⁶⁰⁻¹⁶¹.

Chile, en cuanto a conectividad, es, de hecho, uno de los países más avanzados de Latinoamérica, gozando de un mercado altamente competitivo, que cuenta con una serie de servicios relativos a tecnologías que le han valido la denominación de «laboratorio de telecomunicaciones», lo que probablemente esté vinculado al hecho de que la primera ley relativa a la materia tiene casi cien años, dando cuenta de la tradición que existe en Chile en cuanto a regulación de telecomunicaciones y, en general, a la *web* (Velásquez y Donoso, 2013: 17, 61).

Hoy, frente a lo que algunos han descrito como la «cuarta revolución industrial»¹⁶², presta utilidad reflexionar sobre la compatibilidad del uso de las tecnologías y los derechos de las personas. En efecto, el uso de estas (y, con ellas, los múltiples medios con el que las personas se comunican) ha provocado serios inconvenientes en la manera en que se configuran y protegen antiguos y nuevos derechos fundamentales, en tanto resulta necesario resguardar a los

¹⁵⁹ Los autores plantean que «el Estado se ha transformado, junto con las grandes empresas del big tech, en el principal productor (por ejemplo, miles de bases de datos que están disponibles de manera gratuita), consumidor (por ejemplo, gobiernos que compran bases de datos comerciales para verificar sus propias bases) y facilitador de datos (por ejemplo, a través de la regulación en el uso de datos), cuestión que ha despertado diversas preguntas en torno a la protección de la privacidad de los ciudadanos. A pesar de ello, las preguntas que genera el desarrollo incipiente de un Estado de bienestar digital van más allá de la privacidad, preguntas que creemos han estado relativamente ausentes del debate sobre los derechos humanos y la era digital» (Coddou y Smart, 2021: 306).

¹⁶⁰ Se ha planteado por parte de la doctrina que la utilización de las tecnologías en el ejercicio de la función jurisdiccional permite acercar el quehacer del Estado-juez a la ciudadanía, señalando que las razones que explican esta distancia serían «falta de información [de la comunidad sobre el quehacer de la judicatura], altos costos económicos (directos e indirectos), percepción de corrupción, extremo formalismo, una concepción de independencia que muchas veces permea aspectos como la gestión, los tiempos de demora, la ubicación geográfica, y el orden y la estructura misma de los tribunales» (Lillo, 2018: 7).

¹⁶¹ Hay países en que, para mejorar la forma en que el Estado realiza la función jurisdiccional, han incorporado tribunales en línea que tienen por objeto resolver ciertos conflictos de relevancia jurídica de manera exclusiva, vedando –en algunos casos– que los tribunales tradicionales se avoquen al conocimiento de ciertos conflictos (por ejemplo, los juicios de baja cuantía). Esto tiene la ventaja de mejorar los tiempos de conocimiento y resolución de casos, acercar el ejercicio de la función jurisdiccional a la ciudadanía (en cuanto no es necesario acudir presencialmente al tribunal, lo que puede ser particularmente importante en un país con una geografía como Chile), la rebaja de los costos (puesto que algunos problemas se resolverían a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y no exclusivamente a través de la jurisdicción) y la flexibilidad del «extremo formalismo» de los tribunales, máxime cuando se utilicen mecanismos alternativos (Allende, 2019: 187-189, 198).

¹⁶² Se discute entre los autores el impacto que han tenido ciertas creaciones humanas en la sociedad. Así, hay quienes plantean que nos encontraríamos hoy en la cuarta revolución industrial, reconociendo a la invención de la máquina de vapor, del año 1760, como la primera revolución; los avances de la ciencia, electricidad, motores de gasolina, producción en masa y distintos descubrimientos de la física y química, a inicios del siglo XX, como la segunda; la tercera, en la década de 1950 con la computación y las tecnologías; y la cuarta, en la que nos encontramos gracias a la irrupción digital en alta velocidad y de manera masiva, destacándose aquí el uso de la inteligencia artificial (Borges, 2021: 30-31).

Es discutible ello, en cuanto la inteligencia artificial, al menos como concepto, es algo planteado ya desde 1950 con Alan Turing, cuando se preguntaba si las máquinas podían pensar.

individuos, a veces incluso frente a la ignorancia por parte de ellos de las consecuencias de conductas, en principio, inocuas.

Frente a las tecnologías, un derecho que se encuentra en especial situación de vulnerabilidad es el de la privacidad y, en particular, la correcta protección de los datos personales de una persona, quien se encuentra frente a la posibilidad, casi indiscriminada, de ver capturada y utilizada su información para usos que no siempre el titular de la información maneja.

Lo cierto es que la realidad ha avanzado de manera más expedita que el quehacer del legislador y la doctrina, lo que resulta problemático, en cuanto, según autores como Borges y Barona, los datos personales corresponden al «petróleo del siglo XXI» (Borges, 2021: 32; Barona, 2019: 24-31), insumo necesario para la utilización de la inteligencia artificial, en cuanto esta tecnología reconoce patrones que provienen de los datos (Corvalán, 2019: 1).

En nuestro país no existe una regulación armónica y sistemática del presunto derecho a la privacidad¹⁶³. Tampoco hay una definición que, para la doctrina resulte totalmente pacífica (Barros, 2022: 527). Para algunos, el derecho a la privacidad «se vincula a una manifestación jurídica del respeto y protección que se debe a cada persona, protegiendo la dignidad y libertad humana, por medio del reconocimiento a su titular de un poder de control sobre aquel ámbito del que no participan otras personas» (Lara, Pincheira y Vera, 2014: 12), lo que significaría que es el «derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos y sentimientos, así como los hechos de su vida personal» (Cerda, 2012: 7; en un sentido similar, Barros, 2022: 527).

Para otros, a pesar de que «[n]o es posible definir el derecho a la privacidad en una frase», puede decirse que «tiene que ver con la protección del cuerpo, objetos personales y lugares frente a conductas de recolección, procesamiento y diseminación de información, no autorizadas por el titular, o frente a situaciones de vulneración de la tranquilidad del titular» (Figueroa García-Huidobro, 2020: 166; en un sentido similar, Aboso, 2017: 271).

Esta idea no es nueva en los distintos ordenamientos jurídicos y tampoco es ajena a la realidad chilena, donde encontramos diversas normas que aluden a este derecho y su contenido, entre ellos la Constitución Política, en su artículo 19 N° 1 (neuroderechos), 4 (vida privada y

¹⁶³ «Presunto», en cuanto no es un derecho aceptado por la totalidad de la doctrina. La dificultad no es, por cierto, solamente dogmática, sino que también normativa: nuestra Carta Fundamental no alude de manera expresa a esta garantía. Ahora, sabemos que ello no es óbice para considerarla consagrada entre nosotros, piénsese, por ejemplo, en el derecho al debido proceso, nomenclatura no utilizada por el constituyente.

datos personales) y 5 (inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones y de documentos privados) o la Ley N°19.628, que Protege la Vida Privada.

La privacidad es una garantía que ha tenido una evolución histórica que la hace cambiar según el contexto y época histórica en la que se analiza (Merkel, 2022: 254-255), pasando de una faz negativa «en el sentido de imponer límites a las injerencias que terceros podrían realizar a una esfera de privacidad, a una faceta positiva del derecho, confiriendo una serie de facultades para controlar la información personal que puede ser tratada y accedida por los demás. De ello, ante la necesidad de proteger los intereses de los individuos en miras a controlar la información que terceros poseen de ellos, es que surge el concepto de autodeterminación informativa, libertad informática o privacidad informacional» (Peña, 2019: 11).

Se plantea, entonces, que cada persona tiene la prerrogativa de determinar quién conocerá de su vida privada, de sus comunicaciones, de sus documentos y de sus datos personales, estableciendo un ámbito libre de injerencias (Figueroa García-Huidobro, 2020: 129-131), para lo cual el legislador ha creado un estatuto protector que abarca normas de diversa índole.

Pero, si se analiza el contenido del derecho, podrá señalarse que su reciente configuración está marcada por el desarrollo tecnológico y, en particular la evolución de las tecnologías de la información, en tanto han permitido amplificar las hipótesis en las que se capta y usa información de las personas, de allí que, hoy en día, haya un particular interés en proteger los datos personales, hablándose incluso de una «cultura de protección de datos», lo que «consistiría en esta creciente sensibilización hacia el valor que tiene la información personal, sensibilización que ha ido de la mano de un mayor conocimiento de los medios que los ordenamientos jurídicos disponen para la efectiva protección de los derechos de los titulares de datos» (Peña, 2019: 13; Zaballos, 2013: 52).

Es cierto que el contenido de la privacidad desborda los estudios que, desde áreas ajenas al derecho constitucional, se le han dedicado. No es el objeto de este trabajo el análisis del derecho a la privacidad en sí, sino que el estudio de solo uno de sus componentes, cual es la protección de datos personales, es decir, la protección de «aquéllos [datos] que permiten identificarnos porque contienen información relativa a nuestra identidad, en mayor o menor intensidad, pues aquí se integran desde el correo electrónico hasta los datos genéticos» (Sancho, 2021: 771).

Resulta interesante el estudio de esta garantía fundamental en cuanto existen, al menos, cuatro vías a través de las cuales se puede tender a la protección de dicho derecho, a saber: el

procedimiento de protección regulado en el Art. 20 de la Constitución (ya sea que se fundamente directamente en la afectación del Art. 19 N° 4, o que se invoque el derecho de propiedad del Art. 19 N° 24); el procedimiento del *habeas data* consagrado en el Art. 16 de la Ley N° 19.628; el procedimiento del Art. 23 de la ley mencionada; y la querrela infraccional regulada en los Art. 50 A y siguientes de la Ley N° 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, cuando el titular del dato tenga, además, la calidad de consumidor en los términos señalados en dicha ley¹⁶⁴.

No es novedad que nuestra Constitución consagra mecanismos de protección de los derechos que ella consagra, pero sí llama la atención que un derecho tenga diversas vías de resguardo, tanto a nivel constitucional como legal. Tratándose del derecho a la protección de datos personales -consagrado en la Carta Fundamental desde el año 2018-, el mecanismo a elegir estará supeditado a la finalidad que se desee alcanzar.

Tradicionalmente las personas que han recurrido de protección lo han hecho con el objeto de lograr la eliminación de su información personal desde algún banco de datos (relativo a deudas, de información sobre hechos delictivos, entre otros), finalidad que puede alcanzarse a través de la invocación del Art. 19 -especialmente, N° 4- o a través del *habeas data* del Art. 16 de la Ley N° 19.9628. Este procedimiento implica, según señala el Art. 12 de la ley, que el titular del dato ha solicitado al responsable de un banco que le informe sobre la información que posee de él para que, en el caso que sea inexacta, esté caduca o no desea que se almacene o trate, pueda solicitar su cancelación (eliminación); siendo esta solicitud rechazada (u omitida) por el responsable del banco de datos.

Lo anterior habilita a que el titular del dato pueda acudir ante el juez de letras en lo civil del domicilio del responsable (o ante la Corte Suprema, en la hipótesis del Art. 16 inc. 3° de la Ley) para solicitar dicha eliminación, pudiendo el juez «aplicar una multa [a beneficio fiscal] de una a diez unidades tributarias mensuales, o de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales si se tratare de una infracción a lo dispuesto en los artículos 17 y 18».

Como se vislumbra, los procedimientos permiten lograr tardíamente el propósito del derecho, en cuanto el titular del dato determinará qué datos personales y de qué manera con conocidos y utilizados, pero no da respuesta sobre los perjuicios que el mal uso de dicha información le ha provocado, de allí que resulte interesante el análisis del Art. 23 de la ley.

Este último procedimiento es el que se analizará en el trabajo, en tanto permite perseguir la responsabilidad civil extracontractual por los daños provocados por la persona

¹⁶⁴ Hay, por cierto, otras normas que tienden a la protección de los datos personales, por ejemplo, la Ley N° 20.584, que Regula los Derechos y Deberes de las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención de Salud.

responsable de un banco de datos personas que los trata de manera indebida, es decir, en contrariedad a lo establecido en la ley. Esto, en tanto se ha afirmado que «cualquier persona que haya sufrido un daño (material o no) debido a la vulneración de su privacidad tiene derecho a la compensación» (BID, 2019: 17, destacado en el original).

Para el análisis del tema, el trabajo se dividirá en cuatro apartados: uno relativo a la conceptualización del derecho a la protección de datos personales, de modo de comprender el derecho subjetivo involucrado, la importancia de este y el fundamento de la pretensión civil; otro sobre la responsabilidad civil extracontractual que puede originarse por infracciones a la Ley N° 19.628; el tercero, referente al procedimiento a aplicarse; por último, se ofrecerán reflexiones finales.

I. DETERMINACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Se ha planteado, *grosso modo*, que el derecho a la protección de datos es «la facultad de un sujeto de decidir qué es lo que los demás conocen de él, es decir, la garantía que protege los datos privados» (Arrabal, 2021: 249).

Este derecho es también conocido como derecho a la autodeterminación informativa (Arrabal, 2021: 250), garantía que, «[e]n términos simples, (...) se ha entendido como el ‘control que ofrece a las personas sobre el uso por terceros de información sobre ellas mismas’», por lo que este derecho «garantizaría ‘la facultad del individuo de decidir básicamente por sí sólo (sic) sobre la difusión y utilización de sus datos personales’» (Contreras, 2020: 100). Pero, también, abarcaría el establecimiento de métodos efectivos de protección de la información relativa a un sujeto, no siendo suficiente la sola elección (por parte del titular) de qué datos se entregan y conservan y cuáles se eliminan (Merkel, 2022: 255).

El concepto de «datos personales» no tiene, por cierto, una definición en la Carta Fundamental, sino que se halla definido en la ya mencionada Ley N°19.628, que Protege la Vida Privada, en donde se sostiene, en su artículo 2 letra f), que son «los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables», estableciéndose un concepto amplio de información de una persona. Esta información debe permitir, por sí misma, determinar la persona que es titular de ese dato o, si no lo hace directamente, permitirá identificarla a través de una consulta adicional (es decir, vinculándola con otros datos) (Iannello, 2020: 158).

Son datos personales el domicilio, el rut de una persona (natural)¹⁶⁵, la información sobre una condena firme (Ruiz, 2022: 22-23), la huella digital, el rostro, entre varios otros.

Dentro de esta categoría se encuentra la de dato sensible, definida en el artículo 2 letra g) como «aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual».

Los datos personales se encuentran protegidos constitucional y legalmente, de modo de procurar que cada persona pueda controlar los datos que circulan sobre ella (Reusser, 2021: 60), con las limitaciones que establece el legislador¹⁶⁶. Ello, en cuanto «[q]ue el Estado o terceros tengan información detallada sobre aspectos personales de un individuo genera un riesgo de coerción y manipulación que puede inhibir la libertad de esa persona para mostrarse tal como es o participar libremente en la comunidad» (Undurraga, 2020: 39).

La norma define diversos conceptos de interés en su Art. 2. Allí se menciona que el registro de datos o banco de datos es «el conjunto organizado de datos de carácter personal, sea automatizado o no y cualquiera sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, así como realizar todo tipo de tratamiento de datos» (letra m); e indica que el responsable de estos es «la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal» (letra n).

Por otro lado, el titular de los datos será «la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal» (letra ñ), la que, en la mayoría de los casos, los entregará al responsable de datos para que se traten. El tratamiento, según el Art. 2 letra o), consiste en

¹⁶⁵ Si bien la Ley N° 19.628 define al dato personal como aquel referente a una persona natural, hay votos de minoría que han estado por establecer que una persona jurídica puede ser titular de un dato personal y puede, entonces, ejercer el habeas data. En ese sentido, ver SCS rol N° 18858-2018, de 07 de enero de 2019, donde se sostuvo que, en el Art. 4° y en el Título II de la ley, no hay referencia expresa a que las normas sean aplicables solo a personas naturales (si no, implicaría «admitir que las personas jurídicas, por el sólo hecho de ser tales, quedan en situación desmejorada respecto de la protección de sus derechos constitucionales»). De la misma idea es Corral (2001: 46-47), quien sostiene que, por el tenor literal del Art. 12, es posible que «toda persona», natural o jurídica, pueda ejercer el derecho a El derecho a ser informado o a acceder a los propios datos que se hallan recogidos en una base y a saber su procedencia, el destinatario, la finalidad para la que se almacena y la individualización de las personas a los que dichos datos se les transmite de manera regular, el que sería el primero de los «derechos ARCO», como se verá infra.

¹⁶⁶ Por ejemplo, el artículo 21 de la Ley N° 19.628 señala que, una vez cumplida la sanción impuesta por la condena por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias no se pueden comunicar (y, por lo mismo, transferir) datos de las personas condenadas, lo que, a *contrario sensu*, implica que durante su ejecución sí pueden ser comunicados. Esto tiene sentido si se analiza a la luz de la prevención general como fin de la pena, en tanto permite que la comunidad tome conocimiento de la manera en que se sanciona al infractor de la norma, de modo de servir de ejemplo a la comunidad.

«cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma».

Por cierto, hoy el derecho a la protección de datos personales «encuentra su máximo exponente en la información tecnológica» (Arrabal, 2021: 251), existiendo diversas maneras en que se pueden capturar, almacenar y tratar datos a través del uso de las tecnologías, siendo, entonces, herramientas sensibles frente a la adecuada protección de esta garantía.

El tema de los datos personales es de suyo relevante, sosteniéndose que son «el elemento sobre el que girarán en los próximos años las grandes reformas en materia de justicia, tal y como marca en su propia hoja de ruta la Unión Europea» (Bueno, 2021: 288), pero, también el insumo que utiliza la inteligencia artificial. Aun cuando no existe una definición legal, podemos guiarnos por la Política Nacional de Inteligencia Artificial, la que la define como un «sistema computacional que puede, para un determinado conjunto de objetivos definidos por humanos, hacer predicciones y recomendaciones o tomar decisiones que influyen en entornos reales o virtuales» (Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, 2021: 9, 70).

Los datos, entonces, se almacenan en bancos que permiten el tratamiento de estos a través de diversos procesos tecnológicos «mediante el uso de complejas fórmulas algorítmicas, para relacionar los datos obtenidos entre sí (*agregación*) y obtener con ello más información» (Sancho, 2021: 772, destacado en el original). La inteligencia artificial trabaja con una gran cantidad de datos almacenados, en principio, de manera aleatoria, donde busca establecer patrones estadísticos a través de su análisis y vinculación. «A veces la finalidad es simplemente comercial, como cuando se nos ofrecen productos que nos pueden interesar en las redes sociales y que, efectivamente, en muchos casos nos interesan. Otras veces la finalidad es política; rastreando lo que decimos que nos gusta o bien colgamos en las redes sociales, lo que compramos a través de una plataforma digital o lo que consultamos a través de un buscador. En todos esos casos se establece un perfil, no solo de nosotros individualmente, sino un perfil colectivo en el que, a personas como nosotros, pese a no haber sido realmente investigadas, se nos atribuye un patrón de tendencias que, efectivamente, en no pocos casos coincide con la realidad en cuanto se saben de nosotros algunas características claves que la herramienta de inteligencia artificial finalmente anuda a esas tendencias» (Nieva, 2018: 150-152).

Volviendo al análisis de la ley, debe sostenerse que solo se estará frente a un tratamiento de datos lícito en cuanto se cumplan los requisitos establecidos por en la Ley N°

19.628 (Art. 1, «principio de legalidad»). Así, toda persona, natural o jurídica, puede tratar datos, siempre que la ley o el titular del dato lo autorice para ello (Art. 4). Para esto, se debe informar a la persona titular de un dato que autoriza su tratamiento sobre la finalidad del almacenamiento y la posibilidad de comunicar el dato al público (Art. 4, lo que se conoce como «deber de información»), pudiendo utilizarse el dato solo para la finalidad para la cual fue recolectado, a menos que provenga de una fuente accesible al público (Art. 9, lo que se conoce como «principio de finalidad»).

No obstante, no es posible tratar datos sensibles, a menos que lo autorice la ley, exista consentimiento del titular o se trate de datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud correspondientes a los mismos titulares (Art. 10). Este consentimiento debe ser expreso y, además, debe constar por escrito (Art. 4).

Por otro lado, el dato almacenado debe ser de calidad, es decir, exacto, completo, actualizado y veraz, en caso contrario el responsable del dato deberá bloquearlo y eliminarlo (Art. 9, «principio de calidad»).

Además, debe tenerse presente que mientras el dato está almacenado, todo quien trabaje con él debe guardar secreto sobre el mismo, deber que subsiste incluso si ha dejado de trabajar para el responsable del banco de datos (Art. 7, «principio de confidencialidad»). Por otro lado, de conformidad al «principio de responsabilidad», el responsable de la base de datos debe cuidar de ellos con la debida diligencia, debiendo indemnizar los daños patrimoniales y morales que eventualmente cause por el tratamiento indebido, sin perjuicio de que se proceda a eliminar, modificar o bloquear los datos según lo requiera el titular o lo ordene el tribunal (Art. 11 y 23).

El legislador procura regular (en términos particularmente amplios) el ciclo del dato: la captura, almacenamiento, procesamiento, comunicación y eliminación. En definitiva, toda conducta relativa a un dato personal quedará dentro del ámbito de protección de la norma, la que se centra en el comportamiento que debe observar el responsable del banco de datos y la persona que trata los mismos. Así, «quien tenga una base de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado» (Iannello, 2020: 165).

Ahora, debe tenerse presente que, al analizar la ley, no se logra vislumbrar de manera expresa un principio de «seguridad del dato» como sí se vislumbra en otros ordenamientos

jurídicos, pero, de conformidad al Art. 11, se puede construir. Dicha norma señala que «El responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños»¹⁶⁷. Se volverá sobre la idea en el siguiente apartado.

En esta línea, se han planteado medidas para evitar el uso indebido de datos o la filtración de estos, dentro de las cuales se puede vislumbrar «la seudonimización y cifrado de datos»¹⁶⁸; la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento; y la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico» (Tourinho, 2018: 19). A esto puede agregarse el que el responsable del banco se someta a procedimientos periódicos en orden a evaluar y verificar las medidas que adopta para la seguridad del tratamiento (BID, 2019: 24; Tourinho, 2018: 19).

II. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA LEY N° 19.628

La Ley N° 19.628 ha establecido, a juicio de Corral, un estatuto especial de protección de los derechos de las personas frente al tratamiento de datos personales (Corral, 2004: 271), lo que es rechazado por Peña (2019: 48), en tanto, en lo medular, esta ley se remite a las reglas generales establecidas en el Código Civil.

Ambas afirmaciones se pueden matizar. Es cierto que para la correcta comprensión de la responsabilidad que se indica en la ley es necesario acudir al estatuto supletorio del Código Civil (difícilmente dos normas, como son los Art. 11 y 23, permitan agotar la materia); pero no

¹⁶⁷ El que los datos sean seguros presta utilidad no solo para la protección de los derechos del titular del dato, sino que resultan una exigencia para el uso de la inteligencia artificial «(...) Tanto los algoritmos como los datos utilizados para entrenar los sistemas automatizados, especialmente cuando se trata de datos personales, deben ser sistemas seguros. Las acciones contemplarán evaluaciones de los riesgos y vulnerabilidades en dichos procesos para así evitar el uso de conjuntos de datos que puedan llevar a decisiones o resultados arbitrariamente discriminatorios, y proteger algoritmos críticos que en caso de ser vulnerados podrían comprometer la seguridad de nuestro país» (Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, 2021: 18).

Por lo anterior, Nieva sostiene que «En consecuencia, las precauciones en esta labor [de recopilación masiva de datos] deben ser máximas. No es solo que se esté vulnerando nuestra intimidad colectiva, cierto es, aprovechando datos de nuestra vida pública, pero que sistematizados en virtud de criterios no siempre defendibles se está llegando a saber de nosotros datos que nunca revelaríamos a título individual, lo que es ciertamente peligroso para el mantenimiento de las garantías democráticas más esenciales» (Nieva, 2018: 152-153).

¹⁶⁸ La que puede definirse como «el tratamiento de datos personales de manera tal que no se los pueda atribuir a un individuo determinado sin utilizar información adicional. En este caso se reemplaza el dato identificador (nombre, identificador único, etc.) por un código» (BID, 2019: 13). En el proyecto de ley que modificaría la Ley N° 19.628 (contenido en los boletines 11.092-07 y 11.144-07, refundidos) se contiene, en el propuesto Art. 2, un concepto de seudonimización: «es el tratamiento de datos personales que se efectúa de manera tal que ya no puedan atribuirse a un titular sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona natural identificada o identificable».

es menos cierto que la Ley N° 19.628 contiene, a lo largo de sus disposiciones, importantes insumos que nos permiten interpretar las que serían las obligaciones del responsable del banco de datos, de modo de configurar, cuando corresponda, la responsabilidad civil a la que las normas aluden.

En ese sentido, plantea Corral (2001: 40) que la Ley N° 19.628 «contiene numerosas enunciaciones de obligaciones o deberes en este sentido [deberes generales]¹⁶⁹. Así, por ejemplo, la obligación de efectuar el tratamiento de datos sólo cuando exista autorización expresa del titular o de la ley (art. 4°.1), la de resguardar los derechos de los titulares en la transmisión de datos (art. 5°), las de eliminar, modificar o bloquear datos sin necesidad de requerimiento (art. 6°), las de guardar reserva de las personas que trabajan en el tratamiento de información personal (art. 7°), la de no procesar datos sensibles salvo casos de excepción (art. 10).

En todos esos casos estamos frente a deberes que se imponen a los responsables de bancos de datos (...) a quienes competen las decisiones relacionadas con el tratamiento de datos de carácter personal (art. 2°, letra n), y cuya infracción podrá generar sanciones de carácter infraccional o disciplinario y también responsabilidad civil por los daños y perjuicios producidos».

Ahora, el autor sostiene que la norma contempla el reconocimiento de derechos subjetivos para los titulares de datos personales, los que se hallarían en el Título II de la ley, denominado «De los derechos de los titulares de datos», en donde se encontrarían los que la doctrina conoce como «derechos ARCO» (Donoso y Reusser, 2022: 141):

1. El derecho a ser informado o a acceder a los propios datos que se hallan recogidos en una base y a saber su procedencia, el destinatario, la finalidad para la que se almacena y la individualización de las personas a los que dichos datos se les transmite de manera regular (Art. 12 inc. 1°).
2. El derecho a ver rectificada la información errónea, inexacta, equívoca o incompleta (Art. 12 inc. 2°).
3. El derecho de cancelación, es decir, la posibilidad de que los datos se eliminen cuando no exista fundamento legal o cuando estén caducos (Art. 12 inc. 3°). De esta norma hay quienes derivan, además, un derecho al olvido (Ferrante, 2022: 53).

¹⁶⁹ Sostiene el autor que «[u]n deber general puede establecerse por el legislador sin necesidad de instaurar un derecho subjetivo correlativo con un titular identificable», a pesar de que, los que el autor menciona, permite el surgimiento de responsabilidades.

4. El derecho al bloqueo o la eliminación de datos de manera voluntaria, en los casos en que el titular haya proporcionado el dato voluntariamente o se use para comunicaciones comerciales (Art. 12 inc. 4°).

5. El derecho a que el titular pueda obtener de manera gratuita la información sobre sus datos, así como la modificación o eliminación, pudiendo, incluso, solicitar copia del registro pertinente (Art. 12 inc. 5°).

6. El derecho a que, en casos de modificación o eliminación del dato, el responsable del banco informe a quienes se los hubiere cedido sobre esta circunstancia; y, en caso de que no pueda determinarse las personas a las que se les comunicó el dato, el derecho a que ponga un aviso que permita el conocimiento general de dicho cambio a quienes usen el banco de datos (Art. 12 inc. 6°).

7. El derecho a que las personas ejerzan el derecho a acceder, rectificar, cancelar, bloquear o eliminar sin limitación alguna (Art. 13), salvo que el ejercicio de estos derechos «impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, la seguridad de la Nación o el interés nacional. /Tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva» (Art. 15).

8. El derecho a requerir información y ejercer los derechos con respecto a todas las personas u organismos que acceden a una base de datos (Art. 14).

A estos se pueden agregar el derecho al resguardo de los datos y, a juicio de Corral, el derecho de oposición, aunque dicha prerrogativa se halle fuera del Título II, en particular, en el Art. 3 inc. 2°. Este derecho implica la posibilidad, por parte del titular del dato, de oponerse a la utilización de sus datos con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión.

Con respecto al derecho al resguardo de datos, debe decirse que no es un derecho al que los autores aludan, a pesar de que, si se analiza el tenor literal del Art. 11, se podrá ver consagrado, en tanto los datos se almacenan en bases en los que, «con posterioridad a su recolección, [el responsable de la base] deberá cuidar de ellos con la debida diligencia (...)». Al ser la permanencia del dato un presupuesto para su tratamiento, y al ser la posibilidad de fuga o intromisión una conducta que puede tener lugar «con posterioridad a la recolección», entiendo que es un derecho que puede ser exigido por el titular del dato, a pesar de no hallarse en el Título II de la ley. Esto se condice, además, con la exigencia de «cuidar» los datos, término

que puede entenderse como «poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo; [o] asistir, guardar, conservar», según contempla, en sus acepciones 1ª y 2ª, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. A mayor abundamiento, esto se aviene al espíritu de la ley, en tanto si se dota al titular de los datos de la prerrogativa a que consulte el responsable del banco sobre los organismos a los cuales ha autorizado a acceder a los datos (pudiendo derivarse responsabilidad civil cuando no cuente con dicha información o no desee entregarla), con mayor razón deberá responder ante casos en los cuales ni siquiera sabe qué sujetos han accedido y eventualmente capturado dichos datos.

Estos derechos pueden ser ejercidos por los titulares de los datos, a pesar de que, como se mencionaba *supra*¹⁷⁰, hay quienes consideran que algunos de ellos pueden ser ejercidos también por personas jurídicas.

La consagración de estos derechos para el titular de los datos implicará, entonces, la correlativa obligación por parte del responsable de los datos en orden a permitir el ejercicio de estos, manteniendo en su poder datos íntegros, seguros, actuales, como se verá *infra*. Es deber del responsable de una base de datos, entonces, debe dar satisfacción a los derechos ya esbozados, en tanto, según el Art. 11 de la ley, debe cuidar de los datos con la debida diligencia.

La infracción del estándar observado por el legislador puede originar responsabilidad civil, la que, a juicio de Corral (2004: 271-202), será extracontractual, «ya que incluso en los casos en los que el uso de información se deba al consentimiento del titular, no es posible configurar, sobre la base de lo que sin duda es un acto unilateral, si bien recepticio, una relación contractual». El mismo afirma que «[a]unque la presencia de una autorización expresa y por escrito de un titular de datos para la utilización de éstos podría hacer surgir dudas sobre si hay un contrato que fija el marco de actuación entre las partes, pensamos que dicha autorización es un acto unilateral y no la aceptación de un acuerdo contractual. Por lo demás, la ley se refiere a la responsabilidad civil como aneja (sic) a la responsabilidad infraccional (art. 23.2), lo que sólo se condice con la responsabilidad civil extracontractual» (Corral, 2001: 55).

No estoy de acuerdo con esta afirmación, en tanto la responsabilidad por el tratamiento indebido puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de la existencia (o no) de un vínculo obligatorio preexistente (Corral, 2004: 25). De mediar un contrato entre el titular del dato y el responsable del banco, si este último infringe el deber de cuidado del Art. 11, se originará responsabilidad civil contractual, con la particularidad que, a diferencia del estatuto

¹⁷⁰ Ver nota al pie 7.

del Código Civil, por expresa mención del legislador se podrá perseguir el daño moral (Art. 23 inc. 1°).

Ahora, si se trata de un contrato celebrado entre un consumidor o usuario y un proveedor¹⁷¹ y, dentro del marco de este, se entregan y tratan datos personales existiendo un incumplimiento por parte del proveedor, estaremos en el ámbito del derecho del consumidor, aplicando las categorías establecidas en la Ley N° 19.496 y, particularmente, el Art. 2 ter, 3 inc. final, 4 y 15 bis, en orden a ejercer el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales por incumplimiento del proveedor (Art. 3 letra e y 50).

Si no media un contrato, nos encontraremos frente a supuestos de responsabilidad civil extracontractual, como ocurrirá en todos los casos en que responsables de bases de datos conserven datos que no han sido autorizados por los titulares o que, habiendo habido un contrato, este terminó y los datos no fueron eliminados o bloqueados.

Despejado el punto, se advierte que se analizará la responsabilidad civil extracontractual que puede derivarse de esta ley, para lo cual deberán aplicarse, en todo lo que no esté regulado expresamente en la Ley N° 19.628, los Art. 2314 y siguientes del Código Civil.

En cuanto al legitimado para accionar se ha planteado que es el titular del dato personal, el que será una persona natural (en los términos que indica el Art. 2 letra ñ), pero, como se ha mencionado, también podrá serlo una persona jurídica para el caso de los daños que se persigan por el ejercicio del derecho a la información del Art. 12 inc. 1°.

Se puede discutir si el titular del dato requiere ejercer por sí mismo el derecho o puede haber otro sujeto que lo ejerza a su nombre; también puede reflexionarse sobre la eventual transmisibilidad de la acción indemnizatoria o del ejercicio de los derechos ARCO.

Tratándose de la representación, salvo en supuestos en los que la ley menciona expresamente que el titular del dato debe ejercer el derecho personalmente (por ejemplo, Art. 12 inc. 5°, en lo tocante al derecho a pedir copias), no se vislumbra razón para impedir que opere la representación legal, cumpliendo los requisitos del mandato.

Por otro lado, en la hipótesis de que el titular del dato falte, uno puede preguntarse sobre el interés que tendrían los continuadores de la figura del titular del dato en el ejercicio de los derechos ARCO. Al respecto, Corral (2001: 49) sostiene que, si bien los derechos que

¹⁷¹ Según el Art. 1 de la Ley N° 19.496, son consumidores «las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios (...)». Por otro lado, son proveedores «las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa».

emanan de la ley son personalísimos, «los herederos pueden tener interés en la rectificación de un asiento relativo a su causante, que puede afectar incluso la posibilidad de obtener créditos para la sucesión». En ese caso, con todo, ejercerán su propio derecho, en tanto sería un dato personal determinable.

Despejados dichos puntos, resulta útil analizar los requisitos que deben observarse para que surja responsabilidad civil extracontractual, debiendo determinar si estamos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva o por riesgo, o al régimen general de responsabilidad por culpa. Existen posturas divergentes al respecto.

Por un lado, Cerda (2012: 44-45) sostiene que nos encontramos frente a un sistema objetivo de responsabilidad, en el que se «prescinde de la concurrencia de un elemento subjetivo en el agente y al cual basta la constatación de que el tratamiento se ha verificado indebidamente». Un sistema de esta naturaleza plantea que es «el que mejor se aviene con el propósito de salvaguardar los derechos del titular frente a los riesgos que importa el tratamiento de sus datos mediante el empleo de las nuevas tecnologías».

Según Peña (2019: 32), las razones para sostener esto son:

1. «El vocablo ‘indebido’ utilizado en el artículo 23° [, el que] denota un juicio de valoración normativo y no subjetivo».
2. El hecho de que «[c]arecería de sentido el tratamiento del tema en la ley si lo que se pretendiera fuese instaurar un régimen de responsabilidad subjetiva, ya que éste constituye la regla general en nuestro derecho».
3. La circunstancia de que «[e]l parámetro objetivo se adecua a las condiciones de la sociedad moderna, compleja y tecnologizada».

Corral (2004: 272; 2001: 55-56) discrepa de esta postura, sosteniendo que nos encontramos frente a un sistema subjetivo.

Si bien sostiene que «[d]e la expresión perentoria que aparece en el artículo 23: ‘deberá indemnizar’, alguien podría deducir que estamos ante un caso de objetivación de la responsabilidad [n]os parece que ello no es así, por varias razones:

1°) El régimen común de la responsabilidad es el principio de la culpa, y para que haya excepción a este principio debe existir una norma inequívoca al respecto.

2°) La expresión ‘deberá indemnizar’ no dice más que, cumplidos los presupuestos de la responsabilidad, nace la obligación de indemnizar.

3°) La responsabilidad civil en el artículo 23 aparece como ajena a la infracción legal, y ésta no puede existir sin negligencia o culpa. No hay responsabilidad contravencional sin dolo o culpa.

4º) La historia de la tramitación de la ley confirma esta conclusión, pues consta que se agregó al calificativo de ‘indebido’ al tratamiento de datos que produce responsabilidad, justamente para enfatizar la necesidad de la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad por culpa». El autor hace alusión al Informe de la Comisión Mixta, donde se planteó expresamente que esta consideró apropiada la sugerencia «de precisar que la indemnización de perjuicios que se consagra procederá cuando exista un tratamiento ‘indebido’ de los datos de una persona, ya que ello despeja cualquier duda acerca de la aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual consagradas por el Código Civil» (Corral, 2001: 55-56).

Esta es la posición que adopta, también, Peña (2019: 33), quien sostiene que, a mayor abundamiento, «la jurisprudencia ha entendido de forma uniforme que estamos ante un régimen de responsabilidad por culpa, planteando, en juicios de indemnización de perjuicios por infracciones a la LPD [Ley de Protección a la Vida Privada], a modo de puntos de prueba los elementos que configuran nuestro régimen de responsabilidad por culpa».

La postura de Cerda se aviene, por cierto, a una mejor protección del derecho a la protección de datos personales, pero, en principio, no es armónica con el resto del sistema ni es posible sostenerla a la luz de la historia fidedigna del establecimiento. Ahora, desde un análisis económico del derecho podría sostenerse la postura de Cerda por diferentes razones, pudiendo formularse serias críticas al sistema de responsabilidad subjetiva que contemplaría la Ley N° 19.628 desde, además, las funciones de la responsabilidad civil, como se verá con ocasión de las normas procesales.

Sosteniendo, entonces, que se trataría de un régimen subjetivo de responsabilidad, es necesario pasar revista a los requisitos de la acción indemnizatoria.

En cuanto a la conducta, podremos estar frente a una acción u omisión por parte del responsable del banco de datos que afecte los derechos del titular del dato, para lo cual debe atenderse a la definición de tratamiento de datos del Art. 2 letra o), en tanto debe ser realizado con infracción a la Ley N° 19.628, por lo que estaremos frente a un tratamiento ilícito cuando el titular del dato no haya autorizado en los términos exigidos por el legislador (expresamente y por escrito, salvo que se trate de las hipótesis para las cuales no se requiere consentimiento); no se utiliza el dato para la finalidad para la que se entregó; no se almacena seguramente el dato; se mantiene un dato caduco; o se incumple, en realidad, cualquiera de los derechos del titular de los datos arriba tratados.

Con respecto al dolo o culpa, es pertinente sostener que el Art. 11 de la Ley N° 19.628 nos entrega un estándar de actuación del responsable de la base de datos, en tanto debe actuar

«con la debida diligencia». Este baremo puede asimilarse al del buen padre de familia (Art. 44 del Código Civil), lo cual resulta, en muchos casos, criticable. Con todo, puede decirse que el legislador ha invertido la carga de la prueba que rige comúnmente, haciendo que el responsable del banco de datos deba demostrar ante el juez las medidas que adoptó para no afectar los derechos del titular del dato (en un sentido similar, Peña, 2019: 48).

El problema de la norma, como se ha insinuado *supra*, es que no indica las medidas que debe adoptar el responsable de los datos para poder satisfacer el deber de cuidado que se le ha impuesto, lo que conlleva, por un lado, la vulnerabilidad de los datos personales frente a la función jurisdiccional (en cuanto el tiempo para que el juez pondere la prueba es muy exiguo, propia del procedimiento sumario), pero, por otro, que las medidas de protección que se hayan adoptado sean eficientes, lo que permita una « actitud diligente, preventiva y activa respecto de la protección de datos, su tratamiento y efectividad en su utilización» (Londoño y López, 2020: 7)¹⁷², en tanto estamos frente a una actividad con «peligrosidad inherente (*in re ipsa*)» (Woolcott, 2020: 44, en cursivas en el original).

En cuanto al daño resarcible, el Art. 23 prescribe que se indemniza tanto el daño moral como el patrimonial, pudiendo trasladarse a este ámbito varias de las categorías de daño moral. Resulta, por cierto, interesante tener presente que la pérdida de una chance podrá tener cabida en este ámbito, máxime considerando que el tratamiento de datos sensibles pudo haber provocado discriminación al titular del dato, impidiéndole, por ejemplo, haber continuado en un procedimiento de contratación laboral; haber optado a un beneficio social; o a un tratamiento médico; haber celebrado un contrato (de prestación de servicios, de mandato, o de consumo - pero siguiendo las normas de la Ley N° 19.496 en este supuesto-) en términos más convenientes para los intereses del titular; etc. Tal como sostiene Corral (2004: 136), «[l]o que debe indemnizarse es sencillamente la frustración de la oportunidad de postular a la obtención del beneficio; este es el daño cierto que se ocasiona en estos casos».

En cuanto a la relación de causalidad, permitirá identificar «aquellas condiciones que permiten ser entendidas como determinantes en el origen del daño, en la explicación de los eventos, si se quiere», pero, también, supondrá «la atribución de responsabilidad en el agente y la extensión de la misma» (Aedo y Munita, 2022: 292), pudiendo trasladarse a este ámbito criterios de imputación objetiva como son el fin de protección de la norma (para no otorgar

¹⁷² Los autores están aludiendo al estándar que fija la Agencia Española de Protección de Datos, que sigue los lineamientos del Reglamento Europeo de Protección de Datos. El proyecto de ley que viene a la modificar la Ley N° 19.628 se inspira en dicho cuerpo normativo y ha sido observado por diferentes ordenamientos jurídicos (como es el colombiano, en el caso de los autores mencionados).

cargas excesivas al responsable del banco de datos) o la prohibición de regreso (Aedo y Munita, 2022: 295-296, 298).

Su aplicación, en tanto, no pareciera originar graves problemas, salvo uno práctico: la prueba de la causalidad, «en el sentido de que, en casos de tratamientos automatizados o muy complejos, con el empleo de diversas tecnologías o procedimientos variados que estén a lo largo del tratamiento, pueden suscitar problemas probatorios para el titular» (Peña, 2019: 44). Máxime considerando que, en el ciclo del dato, distintas personas pueden ser las que actúen en cada una de las etapas relativas al tratamiento. Esto hace, por cierto, reflexionar sobre la conveniencia de incorporar en esta materia hipótesis de solidaridad, en aras a dejar indemne los derechos de los titulares de los datos.

Antes de analizar lo relativo a la judicialización de la pretensión indemnizatoria debe hacerse una prevención. Aun cuando los autores no lo señalan de manera expresa, entiendo que es posible que, en ciertos casos, nos encontremos frente a hipótesis que hagan que el estándar de diligencia a observarse sea mayor (culpa levísima). Me refiero, a modo ejemplar, al tratamiento masivo de datos que realiza el Poder Judicial, en tanto, de conformidad al Art. 2 letra c) de la Ley N° 20.886, que Modifica el Código de Procedimiento Civil, para Establecer la Tramitación Digital de los Procedimientos Judiciales, sostiene que «[s]e prohíbe el tratamiento masivo de los datos personales contenidos en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, sin su autorización previa. La infracción cometida por entes públicos y privados a lo dispuesto en este inciso será sancionada conforme a la ley N° 19.628».

Frente a una norma que prohíbe a un organismo público tratar datos, no es posible que la infracción a dicha disposición reconduzca al sistema de responsabilidad subjetiva que, de haber estado habilitado por la norma, se aplicaría, como parece sugerir la última parte de la disposición. Por lo mismo, entiendo que esta contravención a norma expresa es asimilable a dolo (en observancia al Art. 8 y 44 del Código Civil) y hace aplicable el estatuto más gravoso¹⁷³. En el mismo sentido, con respecto a casos de fraude a la ley, Banfi (2017: 78, 81-85).

III. PROCEDIMIENTO APLICABLE PARA LA PERSECUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

¹⁷³ Podría, de todos modos, pensarse que nos encontramos frente a una actividad riesgosa, en tanto es un concepto de contenido variable (Mantilla y Pizarro, 2013: 19-24, 48), pero, me parece, no es posible aludir la literalidad de las normas, escapando del estatuto especial de responsabilidad civil extracontractual que establece la Ley N° 19.628.

Frente a situaciones en las que el tratamiento de datos origine daños al titular de estos surge para este la correspondiente pretensión declarativa de condena, la que deberá ventilarse en el procedimiento regulado en el Art. 23 de la ley, el que ha tenido poca importancia práctica (Barros, 2022: 615), seguramente por las dificultades que se mencionará infra.

Debe hacerse una prevención con respecto al momento en que surge la acción de responsabilidad, pues no es posible ejercerla (o, más bien, acogerla), desde que se realiza la conducta por parte del responsable del banco de datos, sino que es necesario que se configuren todos los requisitos mencionados en el apartado anterior, sobre todo, el relativo al daño (Domínguez, 2020: 252). Por lo mismo, la prescripción de la acción solo se computará desde que la acción surja, lo que tendrá lugar cuando el daño se concrete o, a juicio de cierta jurisprudencia, desde que la víctima toma conocimiento del daño que se le provocó, según informa Domínguez.

Como se puede vislumbrar, goza de legitimación activa el titular del dato, quedando la discusión sobre la transmisibilidad del daño moral que se vislumbra en el estatuto supletorio de responsabilidad civil extracontractual (a favor, Espada y Pino, 2020; Díaz, 2017: 103). Estimo que, al tratarse de derechos personalísimos, no es posible demandar el daño moral que haya tenido el titular del dato, pero, si la persistencia del dato (determinado o determinable) le irroga daño de esta naturaleza, lo puede demandar como propio.

La parte en contra de quien se pretende es, por cierto, el responsable de la base de datos. Ahora, si el tratamiento indebido lo realizó un delegado de este, como se utilizan las normas del mandato se debe demandar igualmente al responsable del banco de datos (Art. 8), con independencia de que, con posterioridad, pueda repetir en contra de su representante.

No hay normas específicas en la ley relativas al tribunal competente, por lo que deben observarse las reglas de competencia, en particular, el Art. 138 COT, en tanto lo que se pretende es una indemnización cuya naturaleza es la de un bien mueble, siendo competente para conocer de la pretensión el juez del domicilio que las partes hayan estipulado o, en su defecto, el del domicilio del demandado (el responsable del banco de datos). Por otro lado, si son varios los demandados (pensando en supuestos donde diferentes sujetos hayan intervenido en momentos distintos del ciclo del dato), el demandante deberá optar por el tribunal competente, pero siempre en observancia del Art. 141 COT.

Ahora, si se tratare de una persona jurídica, regirá la regla especial del Art. 142 COT, es decir, deberá presentarse la demanda en el territorio jurisdiccional de la oficina que intervino

en el hecho que da origen al proceso, lo que puede implicar un problema práctico para el demandante.

Con respecto al procedimiento, deben mencionarse varios puntos. Para comenzar, la pretensión se ventilará a través del procedimiento sumario, en observancia al Art. 680 inc. 2° N° 1 COT en relación con el Art. 23 de la Ley N° 19. 628, con algunas particularidades.

Se pueden ejercer conjuntamente las pretensiones de indemnización de perjuicios con las pretensiones propias del *habeas data* del Art. 16 de la ley, lo que permitirá que se pueda diferir el monto de los perjuicios a la ejecución de la sentencia o a otro proceso posterior (procedimiento ordinario), de acuerdo con los Art. 173 CPC y 23 inc. 1° de la ley. Empero, la norma no resuelve lo que ocurre cuando solo se ejerce la acción indemnizatoria (por ejemplo, en un supuesto en el que el responsable del dato ya lo eliminó o rectificó; o que por alguna otra razón las finalidades del *habeas data* se han alcanzado o sean imposibles de cumplir en naturaleza, como podría ser un dato que se ha divulgado de tal modo que ya no es posible eliminarlo). En esos casos, la única alternativa -aunque resulte complejo- sería ventilar la pretensión en el procedimiento sumario, con las inconveniencias en cuanto a los exiguos plazos que entrega el CPC. De más está decir que, en este caso, no es posible la sustitución del procedimiento por no hallarse en el supuesto regulado en el Art. 681 inc. 1° CPC¹⁷⁴.

El Art. 23 indica que «[e]l juez tomará todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de los derechos que esta ley establece», lo que implica la posibilidad de adoptar medidas cautelares (ordinarias o innominadas, esta última en concordancia con el Art. 298 *in fine* CPC) para proteger el derecho a la protección de datos personales, debiendo observarse los requisitos comunes a toda medida cautelar y a la específica que se solicite. La norma, de todos modos, da a entender que el juez puede actuar de oficio en esta materia, cuestión que no se observa en el ámbito procesal civil, pero que puede estar fundamentado en la necesidad de resguardar un derecho fundamental.

Por otro lado, se plantea que «[l]a prueba se apreciará en conciencia por el juez» y que «[e]l monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos». Esta norma implica inobservar el sistema general de la prueba consagrado en el CPC, relativo a la prueba legal o tasada, cuestión que también destaca Cerda (2012:45). Para esto, sería relevante que el juez funde el monto de la indemnización que conceda (en el caso que acoja la pretensión) en el análisis de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, por cierto.

¹⁷⁴ Resulta interesante que la doctrina procesalista no se ha detenido a analizar el Art. 23, aunque sí, de manera somera (más bien, mencionar), el Art. 16. Cfr. Larroucau (2019: 12, 16).

Ahora, se podría reflexionar sobre si es posible para la víctima probar que no se ha observado el estándar de diligencia exigido. Si estamos frente a un modelo de responsabilidad civil extracontractual de precaución unilateral¹⁷⁵, sería mejor que el responsable de la base de datos adopte medidas preventivas de resguardo y probar, en el caso de que se concrete el riesgo, que este sí las adoptó y debe ser eximido de responder cuando corresponda (Maqueo, 2020: 110-111). Pues, como se ha sostenido, el legislador habría invertido la carga de la prueba.

Como se había anunciado *supra*, en el contexto de la determinación del monto de los perjuicios resulta útil analizar la función que se le reconocerá a la responsabilidad civil extracontractual, para lo cual podría ser pertinente analizar la institución desde un prisma económico.

Sostiene Carrasco (2012: 14) que un análisis económico del derecho pretende, entre otras finalidades, conseguir una legislación eficiente, «ya sea, al momento de explicar su contenido, o bien, al momento de propender a su reforma». En ese sentido, es posible preguntarse cómo se afecta el comportamiento humano con la promulgación de una norma jurídica y, luego, por qué es mejor una norma que tienda a la eficiencia (Carrasco, 2012: 17).

La responsabilidad civil, contractual o extracontractual, supone una cierta asignación o distribución de riesgos. En el ámbito que estamos analizando, la distribución de riesgos se hace una vez acaecido el daño, determinando quién soportará los perjuicios o a quién se compensará, empero, el análisis que se hace es más amplio que eso, en tanto se pueden prevenir o desincentivar conductas (Honoré, 2009: 90), pero también se puede alcanzar otros fines, en tanto la responsabilidad civil es polifuncional (San Martín, 2020: 33-39), pudiendo ser de interés para un juez el aplicar una función reparatoria, en tanto se ha afectado un derecho (fundamental) del titular del dato, pero sin prescindir de la culpa (a diferencia de lo sostenido por San Martín, 2020: 36).

Si bien no es posible desarrollar aquí las diferentes funciones de la responsabilidad civil extracontractual, es posible aventurarse sosteniendo que la función punitiva estaría reservada para casos de infracciones más graves del deber de cuidado (Keren-Paz, 2016: 105); mientras que la función comunicativa podría ser utilizada para casos en los cuales el responsable del dato no tenía, en los hechos, mecanismos idóneos para hacer evitado el daño y estos no le eran racionalmente exigibles, sobre todo pensando en las múltiples hipótesis de vulnerabilidad de los datos (en un sentido similar, Pino, 2013: 110). También para casos en que la víctima, con su actuar, se ha puesto en una situación de vulnerabilidad mayor. Ahora, para esto, considero

¹⁷⁵ En tanto la ley se centra en el responsable de la base de datos como posible agente generador de daños.

que el juez debe tener presente los recursos tecnológicos y humanos del responsable del dato, pues, si tiene la capacidad de evitar los daños, sería más propia una función disuasiva. Todo esto, por cierto, deberá acreditarse dentro del plazo para probar los daños que, según el Art. 686 CPC, es el relativo a los incidentes, es decir, máximo 30 días, Art. 90 CPC).

El acudir a las diferentes funciones de la responsabilidad civil extracontractual permitiría que el juez tenga herramientas para, como menciona el Art. 23 de la ley, prudencialmente fijar el monto de las indemnizaciones que determine, siempre que considere que se cumplen los requisitos de esta clase de responsabilidad, cuestión que, como se ha dicho, es de importante dificultad práctica para el titular del derecho afectado.

CONCLUSIONES

1. Los derechos e intereses jurídicos son dinámicos y evolucionan en conjunto a la sociedad en la que se encuentran. El derecho intenta dar respuesta a los diferentes fenómenos que se vinculan con estos intereses.
2. Las tecnologías han demostrado ser disruptivas en la materia, poniendo en especial situación de vulnerabilidad el derecho a la privacidad, el que se puede definir como el «derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos y sentimientos, así como los hechos de su vida personal» (Cerdea, 2012: 7).
3. Dentro de este derecho se encontraría el de protección de datos personales, el que puede entenderse como «la facultad de un sujeto de decidir qué es lo que los demás conocen de él, es decir, la garantía que protege los datos privados» (Arrabal, 2021: 249). A nivel legal, se establece que los datos personales son «los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables» (Art. 2 letra f) de la Ley N° 19.628).
4. En dicha norma se contemplan una serie de definiciones, siendo útil la de tratamiento de datos (Art. 2 letra o), que consiste en «cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma». Esto es útil, en tanto, gracias a las tecnologías, existen diversas maneras en que se pueden capturar, almacenar y tratar datos.

5. Según los términos de la ley, el tratamiento de un dato solo es lícito cuando se cumplen una serie de requisitos que se hallan en los Art. 1, 4, 7, 9, 10, entre otros.
6. La Ley N° 19.628 contempla un sistema de responsabilidad civil extracontractual en los Art. 11 y 23, el que tiene normas que se asimilan al estatuto general del Código Civil, pero otras particulares que son propias del área que se estudia. Los insumos más relevantes para entender el sistema de responsabilidad son los derechos subjetivos que se reconocen al titular de los datos (conocidos como «derechos ARCO») y, por tanto, que hacen surgir las obligaciones correspondientes al responsable del banco de datos.
7. El responsable de datos responderá por la insatisfacción del deber de cuidado, originando responsabilidad civil contractual o extracontractual, dependiendo si existe un vínculo jurídico previo entre este y el titular del dato. En el caso que el contrato sea de consumo deberán aplicarse las normas de la Ley N° 19.496 y, en particular, incoarse el correspondiente procedimiento infraccional.
8. Se discute si la Ley N° 19.628 contempla un régimen de responsabilidad por culpa o, en cambio, es objetiva o por riesgo. Si bien sería pertinente que el legislador se hubiese decantado por esta última opción, lo cierto es que estamos frente a un régimen de responsabilidad subjetiva, pero donde la carga de la prueba está radicada en el responsable del banco de datos, en tanto debe probar, para eximirse de responder civilmente, que ha aplicado el debido cuidado, es decir, diligencia media. El estándar, con todo, es mayor tratándose del Poder Judicial, en consideración a que, al tratar datos masivamente sin el consentimiento de los titulares, está infringiendo el Art. 2 de la Ley N° 20.886.
9. Con respecto al daño indemnizable, de conformidad al Art. 23 de debe tanto el patrimonial como el moral.
10. Tan pronto como se cumplen los requisitos de la responsabilidad civil se puede demandar, lo que implica que el daño se haya concretado (y, para algunos, que el titular del dato haya tomado conocimiento de este).
11. El procedimiento a través del cual se ventila la pretensión es el sumario (Art. 23 de la ley y 680 inc. 2° N° 1 CPC), por lo que no cabe la sustitución. El tribunal competente, siguiendo la norma del Art. 138 COT, es el juez de letras en lo civil del domicilio del demandado, salvo que se trate de supuestos donde se demanda a una persona jurídica o estemos frente a un caso de litisconsorcio pasivo (pluralidad de demandados), aplicándose, en estos casos, los Art. 142 y 141 CPC respectivamente.

12. En el proceso se puede ejercer conjuntamente la pretensión indemnizatoria y las relativas al *habeas data*, lo que permitiría, de conformidad al Art. 173 CPC, que el monto de los perjuicios se examine en otro proceso. Empero, si solo se demanda la indemnización, solo queda la opción de determinar los perjuicios en el marco del procedimiento sumario, con los exiguos plazos señalados en el CPC.
13. Dentro del procedimiento sumario, el juez deberá analizar tanto el cumplimiento de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual como la función que le reconocerá a esta, pudiendo ser un criterio de análisis la capacidad tecnológica y humana del responsable del dato y la conducta del titular del dato en orden a no dejarlo en una situación de vulnerabilidad mayor al que ya se encuentra.

BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, Gustavo Eduardo (2017). «Técnicas de investigación y vigilancia electrónicas en el proceso penal y el derecho a la privacidad en la moderna sociedad de la información». En Jorge Eduardo Boumpadre (Dir.), *Criminalidad organizada, transfronteriza y nuevas tecnologías* (pp. 237-294). Resistencia: ConTexto.

ALLENDE PÉREZ DE ARCE, José Alberto (2019). «Tribunales civiles en línea: Una propuesta para introducirlos sin afectar el derecho a acceder a la justicia de quienes no están conectados a internet». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8 (1): 185-206. DOI: [10.5354/0719-2584.2019.51991](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2019.51991)

ARRABAL PLATERO, Paloma (2021). «La ilicitud de la prueba tecnológica por vulneración del derecho fundamental a la protección de datos en el ámbito penal». En Sílvia Pereira y Frances Ordóñez (Dir.), *Investigación y proceso penal en el siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos* (pp. 245-258). Navarra: Thomson Reuters.

BANFI DEL RÍO, Cristián (2017). «Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 2: 69-107. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v24n2/0718-9753-rducn-24-02-00069.pdf>

BARONA, Silvia (2019). «Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y la justicia: ¿solución o problema?». *Revista Boliviana de Derecho*, N° 28: 18-49. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7026828>

BARROS BOURIE, Enrique (2022). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Tomo I. 2ª edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

BID (2019). «La gestión ética de los datos». Disponible en <https://publications.iadb.org/es/la-gestion-etica-de-los-datos>

BORGES, Raquel (2021). Inteligencia artificial y proceso penal. Navarra: Thomson Reuters.

BUENO DE MATA, Federico (2021). «Datos personales y proceso penal: diligencias de investigación y tecnologías disruptivas». En Sílvia Pereira y Frances Ordóñez (Dir.), Investigación y proceso penal en el siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos (pp. 487-515). Navarra: Thomson Reuters.

CARRASCO DELGADO, Nicolás (2012). Análisis económico de las medidas cautelares civiles. Santiago: Thomson Reuters.

CERDA SILVA, Alberto (2012). «Legislación sobre protección de las personas frente al tratamiento de datos personales». Material de estudio del Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. DOI: 10.13140/RG.2.2.33767.47522.

CODDOU MC MANUS, Alberto y Sebastián Smart Larraín (2021). «La transparencia y la no discriminación en el Estado de bienestar digital». Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 2: 301-332. DOI: [10.5354/0719-2584.2021.61034](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.61034)

CONTRERAS, Pablo (2020). «El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena». Estudios Constitucionales, 18 (2): 87-120. DOI: 10.4067/S0718-52002020000200087

CORRAL TALCIANI, Hernán (2004). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2001). «De los derechos de las personas sobre los responsables de bancos de datos: el hábeas data chileno». Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 5: 39-59.

CORVALÁN, Juan Gustavo (2019). «Inteligencia artificial y proceso judicial. Desafíos concretos de aplicación». Diario DPI Novedades. Disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/09/Doctrina-Civil-30-09-2019-Parte-II-1.pdf>

DÍAZ DUARTE, Denisse (2017). «Por la transmisibilidad de la acción a favor de los herederos para reclamar el daño moral de su causante». Revista de Derecho (Concepción), 241: 99-125. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v85n241/0718-591X-revderudec-85-241-00099.pdf>

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2020). «Inicio de la prescripción en caso de cuasidelito -civil». Revista de Derecho (Concepción), 247: 247-255. DOI: 10.29393/RD247-8RDIP10008

DONOSO ABARCA, Lorena y Carlos Reusser Monsálvez (2022). La protección de los datos personales en Chile. Santiago: DER Ediciones.

DONOSO ABARCA, Lorena y Juan Velásquez Silva (2013). Tratamiento de datos personales en internet: Los desafíos jurídicos en la era digital. Santiago: Legal Publishing.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana y Alberto Pino Emhart (2020). «La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida: análisis del caso chileno». *Universitas*, 69: 1-20. DOI: [10.11144/Javeriana.vj69.tcid](https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.tcid)

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2020). «Derecho a la privacidad». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (Ed.), *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 129-166). Valencia: Tirant lo Blanch.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2012). *Curso de Derecho Civil. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

HONORÉ, Anthony (2009). «La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual». *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1: 87-108. Disponible en https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica03.pdf

IANNELLO, Romina (2020). «Protección de datos personales en aplicaciones de plataformas». En Juan Darío Veltani (Dir.), *Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataformas*. Santiago: Thomson Reuters.

KEREN- PAZ, Tsachi (2016). «Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva». Madrid: Marcial Pons.

LARA, Juan Carlos, Carolina Pincheira y Francisco Vera (2014). «La privacidad en el sistema legal chileno», *Policy Papers* (8). Disponible en <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp-08.pdf>

LARROUCAU, Jorge (2019). «El juicio sumario como procedimiento ordinario en la justicia civil chilena». *Revista de la Facultad de Derecho*, 46. Disponible en <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n46/2301-0665-rfd-46-1.pdf>

LILLO, Ricardo (2018). «Indicadores de CEJA: El rol de las TIC en una justicia para ciudadanos». *Revista Sistemas Judiciales*, 9 (16): 6-17. Disponible en https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/04/temacentral_indicadoresCEJA_rev16.pdf

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, Carlos Pizarro Wilson (2013). «La responsabilidad civil por actividades peligrosas: aplique primero y explique después». *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, 4: 17-56. DOI: [10.5354/rdep.v0i4.35099](https://doi.org/10.5354/rdep.v0i4.35099)

- MAQUEO RAMÍREZ, María Solange (2020). «La responsabilidad civil extracontractual desde la perspectiva del análisis económico del derecho y la economía del comportamiento». IUS, 46: 105-128. Disponible en <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v14n46/1870-2147-rius-14-46-105.pdf>
- MERKEL, Laura (2022). Derechos humanos e investigaciones policiales. Una tensión constante. Buenos Aires: Marcial Pons.
- MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN (2021): Política Nacional de Inteligencia Artificial. Disponible en <https://minciencia.gob.cl/areas-de-trabajo/inteligencia-artificial/politica-nacional-de-inteligencia-artificial/>
- NIEVA, Jordi (2018). Inteligencia artificial y proceso judicial. Madrid: Marcial Pons.
- PEÑA YÁÑEZ, Sebastián (2019). Régimen de indemnización de perjuicios de la ley N° 19.628 y la seguridad de datos personales. Santiago: Universidad de Chile. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
- PINO EMHART, Alberto (2013). «Entre la reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios». Revista Chilena de Derecho Privado, 21: 89-135. DOI: 10.4067/S0718-80722013000200004
- REUSSER, Carlos (2021). Derecho al olvido. La protección de datos personales como límite a las libertades informativas. Santiago: DER Ediciones.
- RUIZ, Andrea (2022). «De la transparencia a la protección de los datos de personas condenadas. Comentario a la sentencia Rol N° 26276-2019 de la Excelentísima Corte Suprema». En Pablo Contreras, Michelle Bordachar y Leonardo Ortiz (Ed.), Privacidad y protección de datos personales (pp. 19-33). Santiago: DER Ediciones.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2020). «¿Hacia una función social o asistencial de la responsabilidad civil?». En María Elisa Morales Ortiz y Pamela Mendoza Alonzo (Coord.), Estudios de derecho privado. II Jornadas nacionales de profesoras de derecho privado (pp. 29-64). Santiago: Der Ediciones.
- SANCHO LÓPEZ, Marina (2021). «Tratamiento de datos genéticos y vulneraciones de derechos fundamentales». En Sílvia Pereira y Frances Ordóñez (Dir.), Investigación y proceso penal en el siglo XXI. Nuevas tecnologías y protección de datos (pp. 771-783). Navarra: Thomson Reuters.
- TOURIÑO PEÑA, Alejandro (2018). «Protección de datos personales, ¿responsabilidad de la empresa?». Advocatus, 36: 17-20. DOI: [10.26439/advocatus2018.n036.4732](https://doi.org/10.26439/advocatus2018.n036.4732)

UNDURRAGA, Verónica (2020). «Derecho a la autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (Ed.), Curso de Derechos Fundamentales (pp. 31-61). Valencia: Tirant lo Blanch.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenka (2020). «Cuestiones de responsabilidad civil en la protección de los datos personales». En Olenka Woolcot Oyague y Diego Monje Mayorca (Ed.), Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil (pp. 43-76). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

ZABALLOS PULIDO, Emilia (2013). «La protección de datos personales en España: evolución normativa y criterios de aplicación». Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Memoria para optar al grado de Doctor.

GÉNERO, AGRICULTURA FAMILIAR Y REFORMA AGRARIA EN EL CONTEXTO DEL MERCOSUR: IMPLICACIONES JURÍDICAS PARA BRASIL Y CHILE

GÊNERO, AGRICULTURA FAMILIAR E REFORMA AGRARIA NO CONTEXTO DO MERCOSUR: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS PARA BRASIL E CHILE **Joana D’Arc Vieira de Oliveira**

GENDER, FAMILY FARMING, AND AGRARIAN REFORM IN THE CONTEXT OF MERCOSUR: LEGAL IMPLICATIONS FOR BRAZIL AND CHILE

Joana D’Arc Vieira de Oliveira¹⁷⁶

Resumen: El artículo examina las implicaciones legales de las políticas de género, agricultura familiar y reforma agraria en el Mercosur, destacando Brasil y Chile. La cooperación en el bloque económico busca no solo fomentar el comercio, sino también armonizar políticas legales que impactan la justicia social y económica. Ambos países enfrentan desafíos, como la concentración de tierras y la desigualdad de género, que afectan directamente el desarrollo rural. La integración jurídica y la consolidación de reuniones especializadas como la REAF son fundamentales para discutir políticas que promuevan la inclusión social y el desarrollo sostenible. El artículo enfatiza la necesidad de reformular políticas públicas para garantizar una distribución más justa de tierras y la inclusión de las mujeres como agentes esenciales en el desarrollo rural.

Palabras clave: Género. Agricultura familiar. Reforma agraria. Mercosur. Brasil. Chile.

Resumo: O artigo explora as implicações jurídicas das políticas de gênero, agricultura familiar e reforma agrária no Mercosul, destacando Brasil e Chile. A cooperação no bloco econômico visa não apenas o comércio, mas também a harmonização de políticas legais que impactam a justiça social e econômica. Ambos os países enfrentam desafios, como a concentração de terras e a desigualdade de gênero, que afetam diretamente o desenvolvimento rural. A integração jurídica e a consolidação de reuniões especializadas, como a REAF, são cruciais para discutir políticas que promovam a inclusão social e o desenvolvimento sustentável. O artigo enfatiza a

¹⁷⁶ Es abogada especializada en Reforma Agraria y regularización de tierras Participa en el proyecto de investigación "Movimientos Negros y el Supremo Tribunal Federal: análisis de las relaciones entre raza, nación y derecho en la jurisdicción constitucional brasileña (2009-2024)". Estudia una maestría en Derecho Constitucional en el Instituto Brasileño de Derecho Público (IDP), es licenciada en Derecho por el Centro Universitario de Brasília (Uniceub), y cursa un posgrado en Argumentación Jurídica y Justicia en el Siglo XXI por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS). También es licenciada en Administración por la Universidad de Brasília (UnB). Es miembro del Instituto de Abogados Brasileños (IAB), socia del Instituto Empoderar y miembro de la Comisión de Igualdad Racial (CIR) de la OAB/DF. contato@joanadarc.adv.br

necessidade de reformular políticas públicas para garantir uma distribuição mais justa de terras e a inclusão das mulheres como agentes essenciais no desenvolvimento rural.

Palavras-chave: Gênero. Agricultura familiar. Reforma agrária. Mercosul. Brasil. Chile.

Abstract: The article examines the legal implications of gender policies, family farming, and agrarian reform within Mercosur, focusing on Brazil and Chile. Cooperation within the economic bloc aims not only to boost trade but also to harmonize legal policies impacting social and economic justice. Both countries face challenges like land concentration and gender inequality, directly affecting rural development. Legal integration and the consolidation of specialized meetings, such as REAF, are crucial for discussing policies that promote social inclusion and sustainable development. The article highlights the need to reformulate public policies to ensure a more equitable distribution of land and the inclusion of women as essential agents in rural development.

Keywords: Gender. Family farming. Agrarian reform. Mercosur. Brazil. Chile.

INTRODUCCIÓN

En el vibrante contexto del Mercosur, la agricultura familiar y la reforma agraria se destacan como pilares fundamentales para el desarrollo inclusivo y sostenible de sus países miembros. La integración jurídica dentro de este bloque económico no solo busca fomentar el comercio, sino que también se extiende hacia la armonización de políticas legales que pueden impactar de manera significativa en la justicia social y económica de la región. Este artículo examina las implicaciones legales de estas políticas en Brasil y Chile, dos naciones con trayectorias agrarias distintas pero enfrentando retos comunes, como la concentración de tierras y la desigualdad de género.

El Mercosur, concebido para impulsar la integración económica, ofrece una plataforma única para la cooperación en cuestiones agrarias. Hoy en día, la comparación de marcos legales y la armonización normativa permiten a los países miembros, incluidos Brasil y Chile (aunque sea solo como Estado Asociado), compartir estrategias efectivas y adaptar sus legislaciones para enfrentar desafíos agrarios contemporáneos. Mientras Brasil enfrenta la resistencia de grandes terratenientes y obstáculos burocráticos, Chile se esfuerza por equilibrar el apoyo a la agricultura familiar dentro de un sistema económico predominantemente neoliberal.

Como una de las formas de fortalecer el Mercosur, se destaca la consolidación de la Reunión Especializada sobre Agricultura Familiar – REAF, cuyos objetivos son discutir políticas públicas para la agricultura familiar entre gobiernos y agricultores, con el fin de

fortalecer la agricultura, combatir la pobreza y superar las desigualdades entre los países¹⁷⁷ (Brasil, 2006, p. 16).

El programa es extremadamente importante porque constituye políticas dirigidas a cuestiones de género, con el apoyo del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), que se discuten junto con autoridades gubernamentales y representantes de organizaciones sociales rurales¹⁷⁸.

En este contexto, es fundamental reconocer los múltiples papeles que desempeñan las mujeres rurales en la estructura familiar y productiva del campo. Destacase que ellas son las gestoras del hogar, trabajadoras agrícolas no remuneradas y responsables de la comercialización de productos y la administración financiera del núcleo familiar. Todavía, enfrentan barreras significativas debido a la falta de acceso a documentos necesarios para participar plenamente en la vida civil y política, así como a infraestructuras y servicios básicos que mejoran la calidad de vida, como agua potable, electricidad, transporte, comunicaciones, educación, salud y seguridad social¹⁷⁹.

El Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) ha puesto un enfoque particular en abordar estas problemáticas, reconociendo la necesidad de proporcionar a esta población rural —frecuentemente ubicada a grandes distancias de los centros urbanos— acceso a estos recursos esenciales. Es evidente la necesidad de garantizar que tanto mujeres como hombres del ámbito rural accedan equitativamente a los bienes y servicios mencionados, además de a otros activos productivos, especialmente la tierra y el financiamiento. Esto es crucial para aumentar sus posibilidades de superar la pobreza y asegurar la sostenibilidad de la producción de la agricultura familiar en el medio rural¹⁸⁰.

En cuanto a la economía chilena, después de un crecimiento del PIB real del 4% en 2018, Chile enfrentó desafíos en 2019 y 2020 debido a factores internacionales adversos, disturbios sociales y la pandemia de COVID-19, lo que resultó en una caída significativa del PIB. En 2021, la economía se recuperó rápidamente, con un crecimiento del 11,3%, impulsada por políticas fiscales y monetarias expansivas y retiros de ahorros previsionales. Sin embargo, en 2022 y 2023, el crecimiento se desaceleró al 2,1% y 0,2%, respectivamente, debido al retiro de estímulos y al empeoramiento de las condiciones económicas globales. Las proyecciones para 2024 indican un crecimiento moderado, mientras que el sector externo sigue dependiendo

¹⁷⁷ BRASIL. Ministério do desenvolvimento agrário. Gênero, agricultura familiar e reforma agrária no Mercosul. – Brasília: Ministério do desenvolvimento agrário, 2006.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ ibidem

¹⁸⁰ ibidem

de la economía china y del precio del cobre. El mercado laboral recuperó los niveles pre-pandemia, pero la inflación, que alcanzó picos en 2022, está en trayectoria de reducción, aunque aún por encima de la meta del 3%¹⁸¹.

La relación entre los sectores económicos de Chile, especialmente el primario y el secundario, y la cuestión agraria es fundamental para comprender el desarrollo económico y social del país.

De acuerdo con el Informe Económico y Comercial, publicado por la Oficina Económica y Comercial en julio de 2024:

“En el sector primario, el segmento agropecuario-forestal sigue siendo uno de los motores fundamentales de las exportaciones chilenas. Esto se debe principalmente al dinamismo de la fruticultura, con cultivos destacados como arándanos, cerezas y uvas de mesa, así como a la vitivinicultura. La agricultura se concentra en cultivos como trigo, patata, tomate, remolacha y maíz. El sector forestal está liderado por la producción de madera para celulosa. Además, el sector pecuario muestra un crecimiento notable en la producción de carne de cerdo y ave, con un aumento menor en la producción de leche. La pesca y la acuicultura también son sectores potentes en las exportaciones, con el salmón como producto estrella, posicionando a Chile como el segundo mayor productor mundial. La minería permanece como el principal motor económico del país, con Chile liderando la producción mundial de cobre, nitratos naturales, yodo y renio, y siendo un importante productor de litio y molibdeno. En 2023, la minería representó el 11,9% del PIB, con una destacada participación del cobre”¹⁸².

El sector agropecuario-forestal, parte esencial del sector primario, está intrínsecamente ligado a la cuestión agraria, ya que se basa en la utilización y gestión de la tierra para la producción agrícola y forestal. La fruticultura, la vitivinicultura y los cultivos anuales como el trigo y el maíz dependen directamente del acceso a tierras fértiles y bien gestionadas. En este contexto, las políticas agrarias juegan un papel crucial al determinar cómo se distribuyen y utilizan estas tierras, afectando no solo la producción y exportación de productos agrícolas, sino también el sustento de las comunidades rurales que dependen de esta actividad.

La pesca y la acuicultura, aunque menos directamente vinculadas a la tierra, también dependen de políticas agrarias que aseguren la sostenibilidad ambiental y el uso equilibrado de los recursos naturales. La minería, aunque más relacionada con el subsuelo que con la superficie agrícola, puede afectar las tierras productivas a través de actividades extractivas que requieren una gestión cuidadosa para minimizar su impacto ambiental y social.

¹⁸¹ OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL. Informe Económico y Comercial Chile. Actualizado en julio 2024. Disponible en < <https://www.icex.es/content/dam/es/icex/oficinas/105/documentos/2024/08/anexos/iec-chile-julio-2024.pdf>> acceso en octubre de 2024. Página 10-12.

¹⁸² Idem. p. 7-8.

El sector secundario, especialmente la industria alimentaria, está estrechamente relacionado con la cuestión agraria, ya que depende de la materia prima producida en el sector primario. La transformación de productos agrícolas y ganaderos en alimentos procesados es una extensión del valor que se añade a los productos primarios. Por lo tanto, la estabilidad y el crecimiento de la industria alimentaria están ligados al desarrollo agrario sostenible y al aseguramiento de un suministro constante y de calidad de materias primas agrícolas.

En resumen, la cuestión agraria en Chile es un componente vital tanto para el sector primario como para el secundario, ya que afecta la disponibilidad de recursos naturales y la producción agrícola, que a su vez influyen en la capacidad de estos sectores para contribuir al crecimiento económico y al bienestar social. Las políticas agrarias efectivas son esenciales para equilibrar el desarrollo económico con la equidad social y la sostenibilidad ambiental, garantizando que tanto la agricultura como la industria puedan prosperar en armonía.

En 2024, Chile superó los niveles de empleo pre-pandemia, con 9,3 millones de trabajadores empleados, aunque la tasa de desempleo sigue siendo desigual entre géneros, afectando más a las mujeres. El país enfrenta una distribución desigual de la renta, con el 10% más rico capturando una parte desproporcionada de la renta nacional, reflejada en un índice de Gini de 0,43. Las finanzas del gobierno mostraron un superávit en 2022, pero regresaron a un déficit en 2023, con el presupuesto de 2024 enfocándose en áreas críticas como salud y educación. De este modo, Chile se encuentra en un punto crítico de recuperación económica, intentando equilibrar el crecimiento, la inflación y la desigualdad¹⁸³.

Sen (2010, p. 12) argumenta que el desarrollo debe ser visto como un proceso de expansión de las libertades reales que las personas disfrutan, yendo más allá de visiones restringidas que asocian el desarrollo solo con el crecimiento económico o la industrialización. Sen enfatiza que el crecimiento del Producto Nacional Bruto (PNB) y el aumento de los ingresos son importantes, pero el verdadero desarrollo también depende de determinantes sociales y económicos, como la educación, la salud y los derechos civiles, que posibilitan la participación en discusiones públicas.¹⁸⁴.

Fazio (1997, p. 7-8) en el Mapa Actual de la Extrema Riqueza en Chile defiende que:

“El crecimiento económico, mejor distribución del ingreso y disminución de la pobreza, muestra una vez más la experiencia chilena, no son sinónimos. El problema de fondo reside en como se distribuye la nueva riqueza creada. La mala distribución del ingreso y de la riqueza presenta dos caras. De una parte, se encuentra la amplia

¹⁸³ Idem. p. 16-17.

¹⁸⁴ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução publicada mediante acordo com Alfred A. Knopf, uma divisão da Random House, Inc, São Paulo, Ed. SCHWARCZ S.A, Companhia de Bolso. 2010.

mayoría de la población marginada, con niveles de pobreza siempre elevados o niveles de vida precarios, a los cuales afecta sobre todo la evolución real registrada en las remuneraciones. Y de otra, una pequeña minoría que alcanza una participación en el ingreso y un nivel de riqueza gigantesco. Si se analiza la distribución del ingreso por cintiles, el 1% de mayores ingresos percibe más de un 22% del total. La equidad, entonces – si se la mide, como debe hacerse, por la distribución del ingreso – no se encuentra por ninguna parte”¹⁸⁵.

En este escenario, el autor ya en 1997 planteaba críticas severas al modelo de crecimiento económico chileno, destacando que no ha llevado a una distribución equitativa de la riqueza. Aunque el país ha crecido económicamente, la riqueza está concentrada en una pequeña minoría, mientras que la mayoría enfrenta pobreza y condiciones de vida precarias. El autor argumenta que las políticas centradas solo en el crecimiento del PIB son inadecuadas sin medidas de redistribución que promuevan la justicia social, enfatizando la necesidad de integrar crecimiento y equidad para una sociedad más justa.

Con efecto, el artículo analizará los desafíos enfrentados por Brasil y Chile, como la concentración de tierras y la desigualdad de género en las zonas rurales, y discutirá las iniciativas legales y políticas públicas que buscan promover una distribución más equitativa de recursos y oportunidades en el campo. Se explorarán las comparaciones entre los marcos legales y los esfuerzos de armonización normativa, así como las estrategias para integrar la agricultura familiar en economías predominantemente neoliberales, con un enfoque en la resistencia encontrada y las políticas necesarias para superar estos obstáculos.

I. HISTÓRICO LEGAL DE LA REFORMA AGRARIA

Para Deer (2001, p. 64), las reformas agrarias en América Latina durante el siglo XX se llevaron a cabo bajo diversas circunstancias y contextos. Desde la década de 1950, la mayoría de los países latinoamericanos han estado siguiendo una importante industrialización por sustitución de importaciones, que, para ser viable, requería la expansión de los mercados internos. Se esperaba que la reforma agraria proporcionara no solo un suministro ampliado de alimentos a los centros urbanos, ayudando así a mantener bajos los salarios reales, sino también, a través de los mayores ingresos que los campesinos propietarios de tierras generaría, un mercado más grande para el esfuerzo de industrialización. La reforma agraria fue vista, por lo

¹⁸⁵ FAZIO, Hugo R. Mapa Actual de la extrema riqueza en Chile. 1997, p. 7-8, Arcis Universidad. Serie Punto de Fuga. Lom Arcis.

tanto, como el vehículo ideal para promover mayores tasas de crecimiento económico, así como equidad, justicia social y gobiernos más estables¹⁸⁶.

La autora discute el papel de las reformas agrarias en América Latina durante el siglo XX, destacando sus motivaciones y objetivos en el contexto de la industrialización por sustitución de importaciones. Desde la década de 1950, muchos países latinoamericanos buscaban industrializar sus economías internamente, produciendo bienes que antes eran importados. Para que esta estrategia tuviera éxito, era necesario expandir los mercados internos, y las reformas agrarias se veían como una forma eficaz de lograr este objetivo. Redistribuir la tierra significaba aumentar la capacidad de consumo de los campesinos que se convertirían en pequeños propietarios, creando así un mercado consumidor más amplio para los productos industrializados.

Además, defiende que las reformas agrarias tenían el objetivo de aumentar el suministro de alimentos a los centros urbanos, lo que ayudaría a mantener bajos los salarios reales al evitar aumentos significativos en los precios de los alimentos. El autor también argumenta que, además de impulsar el crecimiento económico, estas reformas se veían como un medio para promover una mayor equidad y justicia social, reduciendo desigualdades al permitir el acceso a la tierra.

Finalmente, defiende que al mejorar las condiciones económicas y sociales, las reformas agrarias se percibían como una forma de estabilizar políticamente a los gobiernos, disminuyendo tensiones sociales y políticas que podrían llevar a conflictos. Así, la autora sugiere que las reformas agrarias se consideraron un instrumento fundamental para alcanzar objetivos económicos y sociales más amplios, como el crecimiento económico, la justicia social y la estabilidad política.

EN BRASIL

La historia de la reforma agraria en Brasil tiene sus raíces en el Estatuto de la Tierra de 1964. Cida Bento (2022, p.35-36) define la situación de privilegio de los herederos y señala el eje de la desigualdad de la tierra en Brasil, como ver:

¹⁸⁶ DEER, Carmen Diana. Magdalena León. Empowering Women. Land and Property, Rights in Latin American. University of Pittsburgh Press. Pitt Latin American Studies. 2001.

¹⁸⁶ VALDÉS, Teresa Echenique. La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. Anuario de Derechos Humanos, n° 9, 2013, pp.171-181. Disponible en <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27042/28640>>

"(...) Podemos observar esta cuestión en otra normativa, la Ley de Tierras, que influyó fuertemente en la propiedad de la tierra y el poblamiento del país, ya que hizo que la obtención de lotes pasara a realizarse mediante compra y venta y no más por posesión, dificultando el acceso a la pequeña propiedad rural, al mismo tiempo que estimulaba la expansión de los latifundios en todo el país, impidiendo la democratización del suelo. La mono cultura para la exportación y la esclavitud, articulada con la forma de ocupación de las tierras brasileñas por los portugueses, definieron las raíces de la desigualdad social que tuvo su inicio en el siglo XVI y perdura hasta los días actuales. No por coincidencia, Brasil exhibe hoy la mayor concentración de tierras del mundo y donde se encuentran los mayores latifundios: el último Censo Agropecuario del país revela que apenas el 1% de los propietarios de tierra controlan casi el 50% del área rural. Sin embargo, los establecimientos con áreas menores a diez hectáreas representan la mitad de las propiedades rurales, controlando solo el 2% del área total. Datos de esta naturaleza demuestran cómo la construcción de las desigualdades es un proceso de estructuración institucional que atraviesa la historia del país"¹⁸⁷.

Observa que la legislación histórica relativa a la posesión y uso de la tierra en Brasil ha ejercido impactos duraderos sobre la estructura agraria nacional, resultando en desigualdades sociales y económicas significativas. El análisis de las raíces de estas desigualdades demuestra que la concentración de tierras es un problema institucional cuyos orígenes están en políticas adoptadas en el pasado. Este escenario persiste en afectar a la sociedad brasileña contemporánea. En este contexto, se torna esencial comprender cómo estas legislaciones históricas moldearon las realidades actuales. A partir de esta comprensión, se evidencia la necesidad urgente de reevaluar y reformular políticas públicas que busquen promover la justicia social y garantizar igualdad en el acceso a la tierra para todos los ciudadanos.

A pesar de las intenciones de regular la posesión y uso de la tierra, la implementación de estas políticas ha sido irregular, con el Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST) desempeñando un papel crucial en la presión por cambios a través de ocupaciones y negociaciones.

Garrido et al. (1988, p. 206), destaca la importancia de las características del suelo para el éxito de la colonización agrícola. Afirma que, en Brasil, las áreas de colinas suaves o terrenos planos y despejados presentaron ventajas significativas durante la colonización, ya que estos suelos no requieren inversiones pesadas en infraestructura, como irrigación, desmonte o drenaje, para ser productivos. En contraste, cuando la colonización se expandió a áreas menos favorables, como los matorrales de Brasil o suelos menos propicios en Argentina, los resultados fueron insatisfactorios y, en algunos casos, desastrosos. Esto enfatiza que la adecuación del tipo de suelo es crucial para el éxito de los proyectos agrícolas, influyendo directamente en la viabilidad y la productividad de la tierra.

¹⁸⁷ BENTO, Cida. O pacto da branquitude. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

EN CHILE

Durante ese año, 1959, no sólo existía preocupación por el tema agrario a nivel nacional, sino también fuera de las fronteras, ya se estimaba crítico y se señalaba a los agricultores como responsables. El planteamiento general era que la población rural de Latinoamérica tendía a crecer y, existiendo problema de distribución de la tierra, la producción agrícola no aumentaba en la misma proporción que la población, a la par que aumentaban las importaciones de alimentos (GARRIDO, *et. al*, 1988, p. 84).

En 1960, en Chile, frente a un estancamiento de la producción agropecuaria y la necesidad de crear perspectivas para una clase media campesina, se generaliza la idea de la necesidad de una reforma agraria, por lo que los estudios análisis al respecto eran más frecuentes (GARRIDO, *et. al*, 1988, p. 36).

Por otro lado, las reformas agrarias de Chile, especialmente las de las décadas de 1960 y 1970, se vieron interrumpidas por el régimen militar. Hoy en día, el país enfrenta el reto de integrar a la agricultura familiar en un sistema económico predominantemente neoliberal, buscando aumentar la productividad y reducir la pobreza rural¹⁸⁸.

De acuerdo con (Deer 2001, p. 90-95):

“Las reformas más radicales de los años 1970 en Chile. La reforma agraria iniciada posteriormente modificada y profundizada por régimen progresista en los años 1970, el gobierno de Allende en Chile. La reforma agraria chilena comenzó en 1962, pero poca redistribución de tierras ocurrió hasta que el gobierno Demócrata Cristiano de Eduardo Frei asumió el poder en 1964. La elección del socialista Salvador Allende en 1970 aceleró rápidamente el ritmo de la reforma agraria. Se expropiaron casi tantas fincas en su primer año de gobierno como en el mandato de seis años de Frei (Thiesenhusen 1995:104). En 1973, el sector reformado en Chile consistía en aproximadamente el 40% de las tierras agrícolas del país. Las estimaciones del número de beneficiarios varían ampliamente, de un mínimo de cincuenta y seis mil (Silva 1991:16), pero, en cualquier caso, un número que representaba el 20% o menos del total de familias sin tierra en la época. Las mujeres rurales fueron virtualmente excluidas de la reforma agraria Demócrata Cristiana principalmente porque los beneficiarios debían ser jefes de familia (artículo 71, en Chile 1967:35). Además, un elaborado sistema de puntuación priorizaba a aquellos que tenían experiencia agrícola y que vivían y trabajaban a tiempo completo en la propiedad: los inquilinos (agricultores arrendatarios) y los trabajadores asalariados permanentes (Garrett 1982:280)”¹⁸⁹.

¹⁸⁸VIDE: <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-printer-3536.html>; e THEZA MANRIQUEZ, Marcel; FLORES CACERES, Daniel; GAC JIMENEZ, Daniella. Reforma Agraria en Chile, ¿Palimpsesto de otra ruralidad? Reflexiones y propuestas. *Polis*, Santiago, v. 16, n. 47, p. 137-164, agosto 2017 . Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682017000200137&lng=es&nrm=iso>. accedido en 23 dic. 2024. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682017000200137>.

¹⁸⁹ DEER, Carmen Diana. Magdalena León. Empowering Women. Land and Property, Rights in Latin American. University of Pittsburgh Press. Pitt Latin American Studies. 2001. P. 90-94. Disponible in <https://digital.library.pitt.edu/islandora/object/pitt%3A31735055592509/viewer#page/118/mode/2up>

En estudio sistematizado, (GARRIDO, *et. al*, p. 191), presenta a evolución de las políticas sobre tenencia de la tierra en Chile entre 1958 y 1980. Da investigación, deducen que:

“(…) los mayores cambios sobre las formas de tenencia de la tierra en Chile ocurrieron en el período estudiado (1958-1980). Hasta la aplicación de la Ley de Reforma Agraria N° 15.020, de 1962, se desarrollaron formas de tenencia tradicionales. Después de iniciados los procesos de cambio y su materialización con las diferentes leyes, se originaron nuevas formas de tenencia que coexistieron con las primeras. No perduraron las formas nuevas creadas inicialmente en la reforma y, en general, hasta hoy, en Chile predominan aquellas formas de tenencia más bien tradicionales”¹⁹⁰.

Por último, el autor destaca que, en el contexto chileno, el principal desafío no está en la división de las tierras en sí, sino en la formación de propietarios que sean capaces y eficientes en administrar y producir en esas propiedades. La idea central es que, para que la división de tierras sea beneficiosa para la economía nacional, es necesario primero garantizar que existan individuos preparados para asumir la propiedad y hacer un uso productivo de ella. Sin esta base, cualquier legislación o esfuerzo por dividir tierras puede ser infructuoso e incluso perjudicar la producción agrícola. El autor enfatiza que, a pesar de la complejidad de este desafío, es fundamental invertir en soluciones sostenibles a largo plazo, ya que solo así será posible cosechar resultados positivos en el futuro. (GARRIDO, *et. al*, p. 206),

Según la OCDE (2016, p. 9), a pesar de que Chile ha mostrado un crecimiento económico y un progreso social significativos, hay poca atención en proporcionar políticas favorables a las áreas regionales.

El Chile enfrenta desafíos en el desarrollo rural debido a la falta de una política rural explícita e integral. El enfoque actual se concentra en políticas sectoriales para actividades rurales tradicionales, sin una acción coordinada que atienda las necesidades de las comunidades rurales de manera sostenible. La centralización gubernamental resulta en fragmentación institucional y fallos de coordinación, con un enfoque en subsidios para cohesión social, pero no para mejorar las condiciones de los desfavorecidos. Es esencial integrar políticas rurales y fortalecer la autonomía fiscal de los gobiernos municipales para aprovechar mejor los recursos y atribuciones. (OCDE, 2016, p.9)

Debido a su geografía peculiar, hay una concentración de área económica que contribuye a una gran desigualdad entre las regiones. Muchas de las regiones con alta ruralidad

¹⁹⁰ GARRIDO, JOSÉ R. , GUERRERO, Cristián Y. VALDÉS, Maria Soleda. Historia de la Reforma Agraria em Chile. Editorial Universitária. 1988.

tienen un PIB per cápita significativamente por debajo de la media nacional y, para resolver estas disparidades, es necesario cambiar el enfoque de la política rural. Actualmente, las regiones menos desarrolladas dependen de programas sociales y políticas de sectores específicos, como la agricultura, existiendo la necesidad de crear un programa de desarrollo rural más amplio y abarcador. Además, la definición actual de las áreas rurales en Chile no está alineada con las necesidades de una economía rural moderna. Esto incluye la importancia de reconocer las interacciones entre áreas urbanas y rurales y la necesidad de diferenciar y definir adecuadamente los diversos tipos de áreas rurales. (OCDE, 2016, p.9)

La definición oficial enfoca principalmente en características urbanas y tratando lo rural como residual. Esto resulta en una subestimación del papel de las áreas rurales y no reconoce las interacciones urbano-rurales, ni diferencia los diversos tipos de áreas rurales. La OCDE, por su parte, ofrece una taxonomía que clasifica las regiones en urbanas, intermedias y rurales, destacando que una alta proporción de la población chilena vive en áreas urbanas y rurales, pero pocas en áreas intermedias, reflejando la concentración espacial y la vasta geografía del país. (OCDE, 2016, p. 13-15).

Tabla. 1.1

Proporción de la población nacional de Chile residente en áreas rurales, 2012

		Proporción de la población nacional en 2012
Definición Oficial	Áreas rurales	13,1%
OCDE tipología TL3	Predominantemente rural	34,6%
AFU (OCDE)	Áreas rurales fuera de la AFU	26,8%

Fuente: (OCDE, 2016, p. 34)

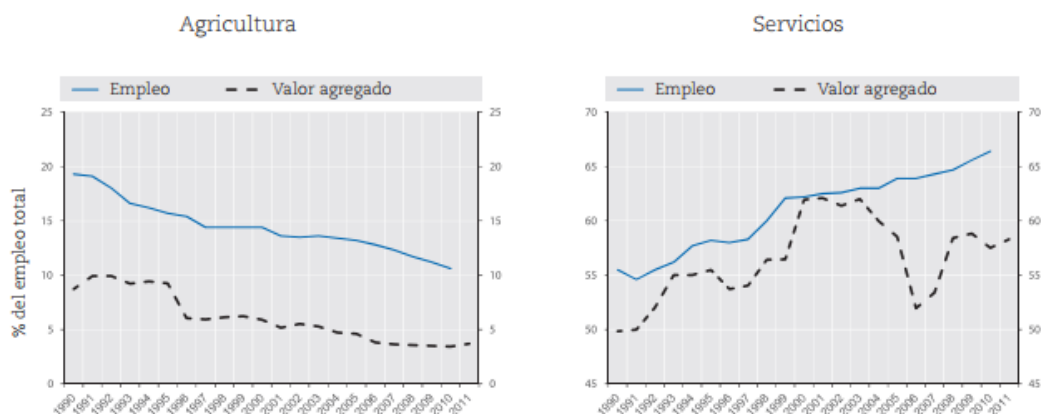
La OCDE (2016, p. 13-15) propone la revisión de la definición de áreas rurales en Chile y destaca la importancia de capturar tanto las particularidades locales como las comparaciones internacionales. Se resaltan las ventajas de las definiciones basadas en criterios funcionales, que reflejan mejor las realidades económicas y las interacciones complejas, en contraste con aquellas basadas en límites administrativos, que facilitan la estadística y la rendición de cuentas políticas.

Cuanto las condiciones marco para el desarrollo rural en Chile, de acuerdo con la OCDE (2016, P. 42), las sólidas condiciones macroeconómicas de Chile han sido un factor clave para su resiliencia a la crisis financiera global.

De acuerdo con la OCDE (2016, p. 43), el Chile tiene la estructura agrícola bimodal, similar a otros países de la OCDE, donde una pequeña proporción de grandes explotaciones agrícolas competitivas internacionalmente es responsable de la mayor parte de la producción agrícola y exportaciones, mientras que una gran proporción de pequeñas explotaciones sub comerciales contribuye marginalmente a la agricultura. (OCDE, 2016, p. 41).

Las políticas de apoyo a la agricultura en Chile están dirigidas principalmente a estas pequeñas explotaciones, con el objetivo de aumentar su competitividad y mejorar los ingresos familiares, sin distorsionar las decisiones de producción de las más grandes. La economía chilena, fuertemente basada en recursos naturales, pasó de una política de sustitución de importaciones a una centrada en exportaciones, especialmente en el sector agroalimentario. El país es un gran productor de cobre, salmón y vino.

Figura 1. Empleo y valor agregado en la agricultura



Nota: La agricultura corresponde a las divisiones 1-5 de la CIIU e incluye a la silvicultura, la caza y la pesca y la plantación de cultivos y la producción de ganado. El valor agregado es el resultado neto de un sector luego de sumar todos los resultados y restar los insumos intermedios.
Fuente: Banco Mundial, Indicadores del desarrollo mundial.

Nota: La agricultura corresponde a las divisiones 1-5 de la CIIU e incluye a la silvicultura, la caza y la pesca y la plantación de cultivos y la producción de ganado. El valor agregado es el resultado neto de un sector luego de sumar todos los resultados y restar los insumos intermedios.
Fuente: Banco Mundial, Indicadores del desarrollo mundial *apud* (OCDE, 2016, p. 43)

Se observa en la figura la migración de la demanda de empleo y valor agregado del sector agrícola chileno hacia el sector de servicios entre 1990 y 2011.

El OCDE (2016, P.43) sugiere que las políticas rurales chilenas deben evolucionar de programas sociales y agrícolas hacia un enfoque más amplio de desarrollo rural, adaptándose a las características específicas de las diferentes regiones del país. Sin embargo, Chile aún necesita inyectar dinamismo en su economía para asegurar una perspectiva positiva a mediano

y largo plazo, fortaleciendo áreas como el crecimiento verde, la inclusión laboral, el emprendimiento y la innovación.

Para la OCDE, (2016, p. 66), las regiones con menor densidad de población experimentaron un crecimiento más rápido del PIB per cápita que las regiones más densamente pobladas. Esta tendencia de crecimiento del PIB per cápita en relación inversa con la densidad poblacional se mantuvo de 1995 a 2007, pero se alteró durante los años de crisis debido a la variabilidad del desempeño regional. Las regiones TL2 con mayor grado de ruralidad registraron mayores tasas de crecimiento del PIB per cápita entre 1995 y 2011. El grado de ruralidad, que refleja el porcentaje de población en comunidades rurales (definidas como comunas con menos de 150 habitantes por km²), varía significativamente de 7% en Santiago a 100% en seis regiones.

Según la OCDE (2016, p.71), el desarrollo inclusivo y sostenible en áreas rurales de Chile destaca diferencias en las tasas de pobreza basadas en definiciones revisadas de estas áreas. Inicialmente, las tasas de pobreza se consideraban más altas en áreas rurales (15%) en comparación con las urbanas (10,8%), de acuerdo con la definición oficial. Sin embargo, al aplicar una definición corregida, se observa una inversión en las tasas: las áreas urbanas presentan una tasa de pobreza más alta (14%) que el promedio nacional (13,3%) y que las áreas rurales (9,3%). Estas estimaciones consideran diferentes umbrales de pobreza para regiones urbanas ((United States Dollar - USD 72.098) y rurales (USD 48.613). Con esta redefinición, más áreas son clasificadas como rurales, resultando en una menor tasa de pobreza total debido al valor inferior del umbral.

Tabla 1.2 Tasas de pobreza en comunas rurales y urbanas según la definición revisada 2, 2013

	Rural	Urbana	Nacional
Definición oficial (INE)	15%	10,80%	14,40%
Definición corregida (alternativa 1)	9,30%	14,40%	13,30%
Cambio	-5,70%	3,60%	-1,10%

Nota: La línea de base de la pobreza para las áreas rurales (USD 48.613) se aplica a las viviendas rurales y la línea de base de la pobreza para las áreas urbanas (USD 72.098) se aplica a las viviendas urbanas.

Fuente: Familia de la CASEN 2011 cálculos estimados por el Ministerio de Economía de Chile.

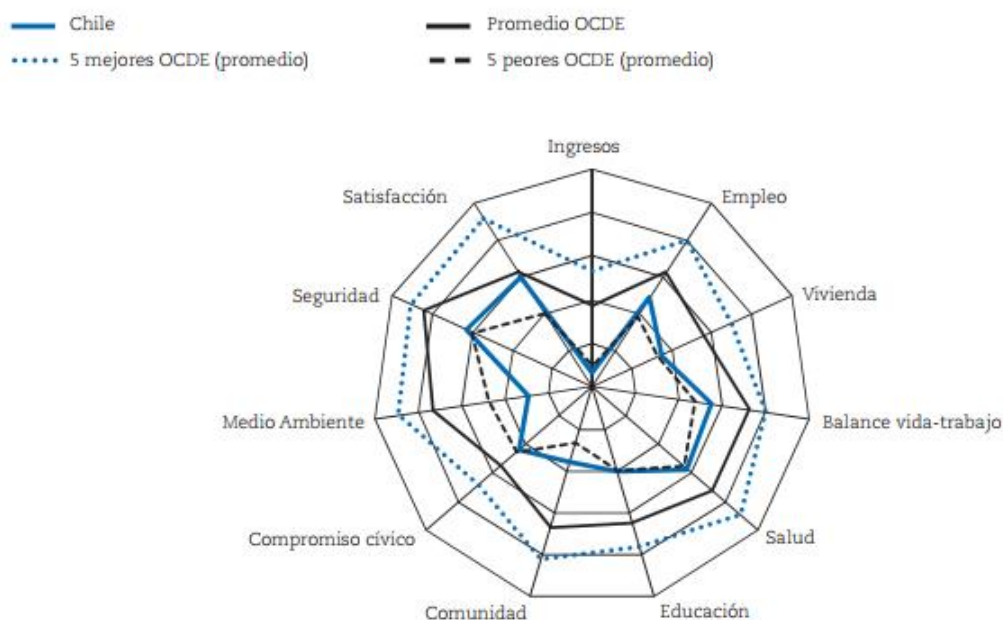
Además, la pobreza parece ser una preocupación en las regiones mixtas (urbanas y rurales), que presentan las tasas más altas de pobreza según una segunda definición revisada.

En esta estimación, la tasa de pobreza en regiones mixtas es de 16%, mientras que en las rurales es de 9,2% y en las urbanas es de 13,9%. Este análisis aplica el umbral urbano para las áreas urbanas y la línea de pobreza rural para las áreas rurales y mixtas. (OCDE, 2016, p.73).

Para a OCDE, (2016, p. 78), La diversidad del Chile rural enfrenta diversos desafíos y oportunidades económicas, sociales, demográficas y ambientales. La actual definición oficial de áreas rurales en Chile es limitada, ya que considera solo pequeños asentamientos en regiones poco pobladas, ignorando la complejidad de las interacciones urbano-rurales y los diferentes tipos de áreas rurales, como las periurbanas. Se propone una redefinición alineada con los estándares de la OCDE para reflejar mejor la realidad de las regiones rurales y crear políticas más efectivas. Este cambio puede no solo mejorar la competitividad y el desempeño de las áreas rurales, sino también contribuir a las metas nacionales de crecimiento inclusivo. Además, las tasas de pobreza se calculan con base en un umbral específico para áreas rurales, aunque este criterio es cuestionado.

El estudio de la OCDE (2016, p. 147) destaca la importancia de reconocer la diversidad y el papel de las áreas rurales, que representan la mayor parte del territorio chileno, e integrar mejor estas regiones en una política económica más amplia y eficaz. La actual política rural es vista como limitada y desconectada de las necesidades reales y potencialidades de las áreas rurales, que a menudo son tratadas como marginales. Se propone un nuevo enfoque que considere las interacciones entre las políticas sectoriales y rurales, promoviendo un desarrollo más inclusivo y sostenible, reconociendo la importancia de los vínculos entre las áreas urbanas y rurales y ajustando las políticas para maximizar la productividad y el bienestar de las poblaciones rurales. Además, el texto sugiere que mejorar la política rural no solo beneficiaría a estas áreas, sino que también contribuiría significativamente a la cohesión social y a la economía nacional.

Figura 1.2 El Índice para una vida mejor de la OCDE muestra una imagen mezclada



Fuente: OCDE, (2016, p. 41)

El bienestar en el Índice para una Vida Mejor de la OCDE se mide utilizando entre uno y tres indicadores por dimensión, que son normalizados de 0 a 10 y promediados equitativamente. Indica que, en comparación con el promedio de la OCDE, Chile tiene un puntaje bajo en ingresos y medio ambiente, pero alto en satisfacción. La información proviene del Índice para una Vida Mejor de la OCDE. (OCDE, 2016, p. 41).

Sen (2010, p. 12-31) destaca que el desarrollo requiere la eliminación de las principales fuentes de privación de libertad, como la pobreza, la tiranía y la falta de oportunidades económicas. La ausencia de libertades sustantivas a menudo está directamente relacionada con la pobreza, que impide a las personas satisfacer sus necesidades básicas, o con la carencia de servicios públicos esenciales. Además, las violaciones de libertades también pueden resultar de la negación de libertades políticas por parte de regímenes autoritarios.

El autor argumenta que la expansión de las libertades individuales es tanto el fin como el medio del desarrollo, resaltando la importancia de que las personas sean vistas como agentes activos de cambio, y no solo como beneficiarios pasivos de políticas. Esto implica reconocer el

papel de las oportunidades sociales, políticas y económicas en la condición de agente de los individuos.

Sen también aborda el papel crucial de la discusión pública y la libertad de participación en las decisiones sociales, que son fundamentales para el progreso económico. Las libertades políticas y civiles contribuyen significativamente al desarrollo, ya que influyen directamente en lo que las personas pueden lograr en términos de oportunidades económicas, poderes sociales y condiciones de vida, como salud y educación

II. DESAFÍOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS

II.I Concentración de tierra e impacto legal

En ambos países, la concentración de tierras sigue siendo un obstáculo significativo. En Brasil, las políticas de redistribución enfrentan a menudo litigios judiciales y falta de voluntad política. En Chile, aunque se han realizado esfuerzos para implementar políticas agrarias, estos se encuentran con resistencia, reflejando la complejidad de equilibrar reformas con derechos de propiedad establecidos.

En Brasil, la población rural representa el 17% de la población nacional; esta tasa de participación expresa un proceso estructural de la economía brasileña en el cual, en las últimas décadas, la producción agropecuaria se ha mecanizado y ha profundizado la concentración de tierras en el país (Brasil, 2006, p. 49).

Santos (2007, p.133) argumenta que el territorio brasileño se utiliza de forma fragmentada y en beneficio de intereses conflictivos de actores aislados. Según él, iniciativas como paquetes agrícolas y ecológicos se implementan sin considerar las realidades productivas y sus implicaciones regionales o locales. Estas acciones, a menudo, resultan en paquetes que funcionan como embriones de nuevos pactos territoriales sin coherencia interna, lo que lleva a la anulación mutua de los resultados pretendidos y al fortalecimiento de los problemas estructurales que deberían combatir¹⁹¹.

Santos destaca que no hay un esfuerzo real para alcanzar una productividad espacial genuina, que sería el uso del territorio de manera redistributiva. En cambio, el espacio se instrumentaliza de modo que se aumentan las productividades individuales, exacerbando los desequilibrios, incluso si estos desequilibrios están disfrazados por la sustitución de unos por

¹⁹¹ SANTOS, Milton. 1926-2001. O Espaço do Cidadão. 7ª ed. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

otros. Esta instrumentalización del territorio contribuye a aumentar la desigualdad entre empresas, instituciones y, principalmente, entre las personas.

El territorio, así utilizado, en lugar de ser un instrumento de igualdad individual y de fortalecimiento de la ciudadanía, perpetúa su papel negativo al crear ciudadanos desiguales. Esto ocurre no solo en función de su papel en la producción, sino también debido al lugar donde viven. Por lo tanto, el territorio, en su forma actual, refuerza las desigualdades existentes en lugar de mitigarlas. (Santos, 2007, p. 134).

Kay (2002, 1073-1102) discute las diferencias en las políticas de reforma agraria y desarrollo industrial entre América Latina, específicamente Brasil y Chile, y países asiáticos como Corea del Sur y Taiwán. En América Latina, los terratenientes mostraron una resistencia significativa a las reformas agrarias, lo que retrasó la implementación de cambios efectivos. Durante el período de industrialización por sustitución de importaciones, los gobiernos de Brasil y Chile tuvieron que ofrecer subsidios y beneficios a los terratenientes, limitando así la capacidad del Estado para invertir en desarrollo industrial.¹⁹²

Por otro lado, en Asia, las políticas de control e incentivo a la competitividad industrial demostraron ser más efectivas. América Latina no logró disciplinar a sus industriales ni aumentar su competitividad, lo que resultó en un proteccionismo que favorecía a sectores menos competitivos. Mientras Corea del Sur y Taiwán ampliaron significativamente sus exportaciones manufactureras, Brasil y Chile se quedaron rezagados. Las dificultades internas y la resistencia a las reformas estructurales contribuyeron al menor dinamismo económico en América Latina, en contraste con el éxito de los países asiáticos que adoptaron estrategias orientadas a la exportación (Kay, 2002, 1073-1102).

II.II Desigualdad de género en las cuestiones agrarias

Las implicaciones legales de la desigualdad de género son notables tanto en Brasil como en Chile. Las mujeres rurales enfrentan barreras significativas para acceder a la tierra y otros recursos, agravadas por un marco legal que rara vez aborda sus necesidades específicas.

Aunque la legislación vigente no discrimina a las mujeres herederas, los hechos en áreas rurales indican que hay cierta discriminación en áreas menores. En estos casos, las hijas

¹⁹² Kay, Cristóbal, en su artículo "Why East Asia overtook Latin America: Agrarian reform, industrialisation and development" publicado en *Third World Quarterly* (vol. 23, n.º 6, 2002, pp. 1073-1102), disponible en https://www.researchgate.net/publication/44830493_Why_East_Asia_overtook_Latin_America_Agrarian_reform_industrialisation_and_development

mujeres son preparadas para dejar el campo, dejando el emprendimiento principalmente en manos de los hombres. La desinformación de las mujeres sobre sus derechos intensifica esta situación (Brasil, 2006, p. 33)¹⁹³.

De acuerdo con el estudio de Undurraga-Valdés y Zúñiga-Añazco (2022)¹⁹⁴, el análisis de las dimensiones de género en el proceso constituyente chileno, en que el intento de incorporar una perspectiva de igualdad sustantiva en el proceso constitucional, que promueve la paridad y la participación igualitaria de género, puede verse como un esfuerzo por corregir estas desigualdades históricas.

En el contexto agrario, esto se traduce en la necesidad de políticas que reconozcan e integren a las mujeres como actores esenciales en el desarrollo rural y el acceso a la tierra. Abordar la desigualdad de género en el sector agrario implica no solo cambiar las leyes, sino también desafiar las normas culturales y sociales que perpetúan el acceso desigual a la tierra y los recursos.

Por lo tanto, las lecciones aprendidas del proceso constitucional, como la importancia de la inclusión, el pluralismo y el enfoque de intersección, son fundamentales para moldear un derecho agrario más justo y equitativo en Chile. Estos principios pueden guiar la formulación de políticas que aseguren que las mujeres rurales tengan igual acceso a la tierra y a los beneficios económicos asociados, promoviendo una reforma agraria que refleje realmente la diversidad y equidad de género.

Puede relacionarse con el derecho agrario y la igualdad de género en Chile, destacando cómo las reformas y cambios legales buscan abordar desigualdades estructurales en diversas esferas sociales, incluido el acceso a la tierra y su uso. Históricamente, el derecho agrario chileno ha enfrentado desafíos significativos en cuanto a la inclusión de mujeres, quienes frecuentemente han sido excluidas como beneficiarias directas en las reformas agrarias debido a criterios como el estatus de jefe de familia, que tradicionalmente favorece a los hombres.

En Brasil, las mujeres rurales del sector de pequeños productores cumplen una jornada media de 16 horas de trabajo productivo, reproductivo y doméstico. Aunque trabajan en cultivos comerciales, la mayoría no son reconocidas como productoras y sus tareas se consideran "auxiliares". Las largas horas de trabajo y la simultaneidad de las tareas productivas y

¹⁹³ Brasil. Ministério do desenvolvimento agrário. Gênero, agricultura familiar e reforma agrária no Mercosul. – Brasília: Ministério do desenvolvimento agrário, 2006.

¹⁹⁴ Undurraga-Valdés y Zúñiga-Añazco. "El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género". Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502024000200129

domésticas ocultan la verdadera producción laboral de las mujeres y su valor económico. ((Brasil, 2006, p. 37). No país se carece de políticas y legislación sensibles a esta cuestión¹⁹⁵.

La invisibilidad y la desvalorización del trabajo femenino en el medio rural son reforzadas por la cultura patriarcal, que perpetúa la idea de que el trabajo de las mujeres es secundario o solo una "ayuda" al trabajo masculino. Las mujeres rurales, frecuentemente, trabajan en condiciones de no remuneración o reciben salarios inferiores a los de los hombres, a pesar de desempeñar papeles cruciales en la producción agropecuaria y en el sustento familiar (Brasil, 2006, p. 84).

La división sexual del trabajo y la ideología patriarcal son más acentuadas en el medio rural, donde las mujeres aún son percibidas predominantemente como responsables de las tareas domésticas. Esta percepción resulta en la mantención de su inferioridad social y económica. Además, las trabajadoras rurales enfrentan desafíos adicionales, como menor acceso a la educación y condiciones de vida más precarias en comparación con sus contrapartes urbanas (Brasil, 2006, p. 85).

A pesar de algunas mejoras, como el aumento de la escolaridad femenina, las disparidades de género en el campo siguen siendo significativas. El acceso restringido a bienes materiales y servicios básicos ilustra la pobreza persistente de las áreas rurales, afectando tanto a hombres como a mujeres, aunque las mujeres sean más impactadas. El texto resalta la necesidad de políticas y acciones que reconozcan y valoren el papel de las mujeres en el mundo rural, promoviendo igualdad de oportunidades y condiciones de vida dignas (Brasil, 2006, p. 85).

III. INICIATIVAS LEGISLATIVAS Y BUENAS PRÁCTICAS EN EL CONTEXTO BRASILEÑO Y CHILENO

Iniciativas como el Programa Nacional de Fortalecimiento de la Agricultura Familiar (PRONAF) sirven como ejemplos notables de apoyo financiero y técnico (Brasil, 2006, p.88). Sin embargo, se requieren reformas legislativas para ampliar su alcance y efectividad.

El Programa Nacional de Documentación de la Trabajadora Rural articula por primera vez en la historia de Brasil a muchos organismos gubernamentales y no gubernamentales para

¹⁹⁵ Brasil. Ministério do desenvolvimento agrário. Gênero, agricultura familiar e reforma agrária no Mercosul. – Brasília: Ministério do desenvolvimento agrário, 2006, p. 37.

llevar a cabo una acción que garantiza la implementación de la ciudadanía y el acceso a las políticas públicas para las mujeres en el campo (Brasil, 2006, p.91).

En Chile, la modernización de las leyes agrarias y la promoción de prácticas agrícolas sostenibles son prioridades.

Observa el estudio presentado por (Theza-Marinquez et. al, 2024, p. 156-159) que, cinco décadas después de las reformas agrarias en Chile, que incluyeron la Ley de Reforma Agraria y la sindicalización campesina, es posible reflexionar sobre sus efectos profundos y paradójicos en la sociedad. Aunque estas reformas fueron un esfuerzo consensuado para abordar la baja productividad rural y dismantelar la lógica tradicional de grandes propiedades, sus resultados divergen de las expectativas originales. La reforma posibilitó la modernización de la agricultura chilena, creando una base para una agricultura competitiva a nivel global, pero también dejó frustraciones tanto para los reformadores como para sus opositores, ya que no se consolidó ni en una economía cooperativa ni revirtió completamente al sistema de latifundio.

Actualmente, la importancia histórica de la Reforma Agraria es frecuentemente invisibilizada y desvalorizada, incluso con sus impactos duraderos. El mundo rural enfrenta nuevos desafíos, como cambios climáticos y exclusiones sociales, que exigen un Estado activo y políticas integradas que superen la fragmentación sectorial. Es crucial fomentar el espíritu de asociación en las áreas rurales, promoviendo una ciudadanía activa que vaya más allá del emprendimiento y del empleo agrícola, reconociendo la cultura e identidad rural como fundamentales para el desarrollo continuo y justo.

Las reformas deben buscar integrar a pequeños productores en el mercado global, respetando al mismo tiempo las tradiciones locales.

IV. PROPUESTAS DE MEJORA Y SOLUCIONES JURÍDICAS

IV.I Revisión de políticas públicas

Se recomienda una revisión exhaustiva de las legislaciones existentes para facilitar una distribución de tierras más justa y eficiente. Los incentivos fiscales y subsidios pueden jugar un papel crucial en apoyar a los pequeños agricultores y promover la sostenibilidad agrícola.

IV.II Acciones para reducir desigualdades de género

Debatir sobre la mujer en el campo implica discutir sobre los derechos civiles, la reforma del código civil, el derecho al voto, el sufragio y los movimientos feministas. La

primera ola de los movimientos feministas emergió a finales del siglo XIX y en las últimas décadas del siglo XX, la agenda incluía demandas del derecho al voto femenino, mejora de la capacidad jurídica de las mujeres casadas y obtención de sus plenos derechos de propiedad¹⁹⁶ (Deere *et.al.*, 2001, p. 41).

En Brasil, en 1916 hubo una reforma del Código Civil que concedió el derecho al voto a las mujeres, pero solo en 1962 las mujeres casadas obtuvieron capacidad legal para administrar su propia propiedad, y en 1988 se logró la igualdad de género en la representación y gestión del hogar. Por otro lado, en Chile, el código civil fue reformado en 1855, pero solo en 1979 las mujeres casadas obtuvieron capacidad civil, y en 1925 tenían derecho a administrar su propia propiedad. (Deere *et.al.*, 2001, p. 43).

La CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) es un instrumento legal y programa de acción para eliminar la discriminación de género y promover la igualdad entre hombres y mujeres en Chile. El país ratificó la convención en 1989, comprometiéndose a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres y promover la igualdad de género.

Desde la ratificación de la CEDAW en 1989, el país enfrenta desafíos significativos en la implementación de sus directrices, principalmente debido a barreras socioculturales y políticas. La creación del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) en 1991 por la Ley N° 19.023 fue un intento de institucionalizar la igualdad de género, aunque el Comité de la CEDAW, durante el 53° período de sesiones en octubre de 2012, emitió recomendaciones subrayando la necesidad de una definición jurídica clara de discriminación contra la mujer y el fomento de la participación política femenina. Leyes como la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar y la Ley N° 20.480 sobre Femicidio son criticadas por sus limitaciones en la protección de las mujeres, y la no ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW, en trámite desde 2001, es vista como una laguna significativa en la protección de los derechos de las mujeres¹⁹⁷.

Valdés (2013, p. 171-181) destaca preocupaciones relacionadas con la Ley N° 20.348 de 2009, que busca asegurar la igualdad salarial, pero no logra incluir completamente el principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, conforme a las normas de la OIT. La situación de los derechos reproductivos sigue siendo crítica, con dificultades en el

¹⁹⁶ DEER, Carmen Diana. Magdalena León. Empowering Women. Land and Property, Rights in Latin American. University of Pittsburgh Press. Pitt Latin American Studies. 2001.

¹⁹⁷ VALDÉS, Teresa Echenique. La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. Anuario de Derechos Humanos, n° 9, 2013, pp.171-181. Acceso en, disponible en <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27042/28640>>

acceso a métodos anticonceptivos, según lo regulado por la Ley N° 20.418. A pesar de los avances legislativos, el texto sugiere que son necesarios cambios paradigmáticos en las estructuras sociales y culturales para efectivizar la igualdad de género¹⁹⁸.

La participación activa de la sociedad civil se considera esencial para monitorear e implementar efectivamente políticas de género, destacando el papel continuo de la CEDAW y de sus mecanismos de seguimiento como herramientas cruciales en la articulación de los movimientos por los derechos de las mujeres en Chile.

En Chile, el "estallido social" de octubre de 2019 fue un evento crucial que llevó al "Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución", resultando en un plebiscito donde se aprobó la opción de iniciar un nuevo proceso constituyente. Durante el proceso constituyente en Chile, las elecciones constituyentes de 2021 estuvieron marcadas por una significativa participación de candidatas independientes y por una composición que aseguraba la paridad de género y la representación indígena. De los 155 escaños en la Convención Constitucional, 17 fueron reservados para representantes de los pueblos indígenas, garantizando así una voz para estos grupos en la elaboración de la nueva constitución. Además, la convención fue estructurada para garantizar la paridad de género, asegurando una representación equilibrada entre hombres y mujeres. Este enfoque no solo buscaba reflejar la diversidad de la sociedad chilena, sino también promover una mayor inclusión en los procesos de toma de decisiones políticas, abordando cuestiones históricas de desigualdad y exclusión de género y de los pueblos indígenas¹⁹⁹.

V. REVISIÓN DE POLÍTICAS PARA ACCESO EQUITATIVO DE MUJERES A RECURSOS AGRARIOS

En el contexto del Mercosur, la cooperación jurídica emergente se posiciona como un mecanismo vital para abordar los desafíos comunes que enfrentan Brasil y Chile en términos de género, agricultura familiar y reforma agraria. Este capítulo enfocará en cómo las políticas deben ser revisadas para asegurar que las mujeres tengan acceso equitativo a la tierra y los recursos agrarios, promoviendo además la educación y capacitación especializada para mujeres rurales, como elementos cruciales para el desarrollo inclusivo.

¹⁹⁸ Idem. p. 171-181

¹⁹⁹ OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL. Informe Económico y Comercial Chile. Actualizado en julio 2024. Disponible en < <https://www.icex.es/content/dam/es/icex/oficinas/105/documentos/2024/08/anexos/iec-chile-julio-2024.pdf> > acceso en octubre de 2024.

Deere (2018, p. 1-36) analiza la inclusión del objetivo de alcanzar la igualdad de género en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, específicamente en relación con el acceso de las mujeres a la tierra en América Latina. La Agenda 2030, a través del ODS 5, establece metas para enfrentar las desigualdades de género, como el acceso desigual de las mujeres a recursos económicos.

Deere examina cómo estos objetivos buscan corregir la distribución de tierras, destacando la importancia de mejorar las estadísticas de género sobre la propiedad y el control de la tierra para medir el progreso. El artículo enfatiza que, aunque la atención internacional a los derechos de las mujeres a la tierra no es nueva, la presencia de indicadores específicos ahora permite un seguimiento más preciso de estos derechos. La falta de datos desglosados por género en censos anteriores dificultaba la investigación sobre el empoderamiento económico femenino y la eficacia de las intervenciones agrarias.

El estudio argumenta que la información precisa sobre la propiedad de la tierra por parte de las mujeres y su participación en el proceso de toma de decisiones agrícolas es crucial para promover la igualdad de género y garantizar el empoderamiento de las mujeres en la región. Independientemente de sus limitaciones, el proceso de la Agenda 2030 ha avanzado en la promoción de la igualdad de género, especialmente en cuanto a la distribución de tierras y recursos.

La inclusión de las metas 5.a y 1.4 es significativa, pero su éxito depende de la implementación de políticas adecuadas y de la recopilación de datos relevantes para medir el progreso. Recopilar datos sobre los derechos legales a la tierra y la propiedad femenina en los censos agropecuarios permitirá investigar cuestiones importantes, como el impacto de los marcos legales específicos sobre la propiedad de la tierra por parte de las mujeres. Además, la seguridad de la tenencia, promovida por los ODS, puede motivar a los gobiernos a desglosar los datos por género, revelando las condiciones en las que las mujeres se declaran productoras e investigando las barreras que enfrentan para reclamar sus tierras. Sin embargo, los datos sobre la propiedad por sí solos no son suficientes; también se necesita información sobre el proceso de toma de decisiones agrícolas, permitiendo análisis sobre quién realmente dirige las fincas y si las mujeres participan más en las decisiones cuando son propietarias. Este enfoque es reconocido en las directrices de la FAO para el CMA 2020, que recomiendan la recopilación de

información sobre coproductores y decisiones intra domiciliarias, representando un avance significativo si es adoptado por muchos países²⁰⁰.

La revisión de las políticas agrarias en Brasil y Chile es esencial para corregir las desigualdades persistentes en el acceso a recursos agrarios. Las mujeres rurales continúan enfrentando barreras significativas para acceder a tierras y financiamiento, lo cual limita sus oportunidades de superar la pobreza. La promoción de la educación y la capacitación especializada para estas mujeres es una estrategia clave que no solo empodera a este grupo demográfico, sino que también fortalece la economía familiar y comunitaria.

La colaboración jurídica en el Mercosur facilita el intercambio de conocimientos y la armonización de enfoques legislativos, lo que es fundamental para implementar reformas agrarias efectivas. La consolidación de la Reunión Especializada sobre Agricultura Familiar (REAF) refleja el compromiso de los países miembros de discutir y formular políticas públicas que integren la perspectiva de género y fomenten la inclusión social y económica.

Garantizar que tanto hombres como mujeres tengan acceso equitativo a la tierra y otros recursos productivos es crucial para el desarrollo sostenible. Las políticas deben enfocarse en derribar las barreras de género mediante reformas legales y programas de capacitación que reconozcan y valoren el papel de las mujeres en la agricultura familiar. El acceso a servicios básicos y a infraestructura, como agua potable y electricidad, también es fundamental para mejorar la calidad de vida de las comunidades rurales.

Las políticas deben ser revisadas para asegurar que las mujeres tengan acceso equitativo a la tierra y los recursos agrarios. Esto incluye la promoción de educación y capacitación especializadas para mujeres rurales.

CONCLUSIONES

La discusión sobre género, agricultura familiar y reforma agraria en el contexto del Mercosur destaca cómo la integración jurídica puede ser un instrumento valioso para enfrentar los desafíos comunes de Brasil y Chile. Ambos países enfrentan cuestiones de concentración de tierras y desigualdad de género que impactan directamente el desarrollo rural y la justicia social. En Brasil, el historial de desigualdad fundaría refleja políticas que favorecieron a grandes propietarios, mientras que en Chile, a pesar de las reformas agrarias pasadas, el sistema

²⁰⁰ Deere, Carmen Diana, Objetivos de desarrollo sustentável, igualdade de gênero e a distribuição de terra na América Latina. Disponible en [cadernos pagu \(52\), 2018:e185206](#).

económico neoliberal aún presenta barreras significativas para la integración de la agricultura familiar.

Las mujeres rurales son particularmente afectadas por la falta de acceso equitativo a la tierra y recursos, siendo crucial implementar políticas que reconozcan y promuevan su papel esencial en el desarrollo rural. La cooperación dentro del Mercosur, a través de reuniones especializadas como la REAF, es fundamental para armonizar políticas que incentiven la equidad de género y promuevan el desarrollo sostenible. Además, la revisión de políticas agrarias y la promoción de educación y capacitación especializada para mujeres rurales son estrategias esenciales para garantizar que tanto hombres como mujeres tengan acceso justo a recursos agrarios, fortaleciendo así las economías familiares y comunitarias. El enfoque debe ser integral, no solo enfocándose en el crecimiento económico, sino también en la eliminación de desigualdades históricas y en la promoción de la libertad como un medio y un fin del desarrollo.

Las conclusiones destacan que la concentración de tierras y la desigualdad de género en las áreas rurales continúan siendo desafíos críticos tanto en Brasil como en Chile. En Brasil, la concentración de tierras y el uso fragmentado del territorio benefician intereses individuales, exacerbando la desigualdad social y económica. En Chile, a pesar de los esfuerzos de modernización y reformas agrarias, las iniciativas enfrentan resistencia y no han logrado transformar completamente el sistema de latifundios. Además, las mujeres rurales enfrentan barreras legales y culturales significativas para acceder a tierras y recursos, siendo frecuentemente subestimadas en su papel productivo debido a normas patriarcales.

Las iniciativas legislativas y políticas en ambos países necesitan ser reevaluadas para garantizar una distribución más justa de tierras y la inclusión de las mujeres como agentes esenciales en el desarrollo rural. En el contexto del Mercosur, la cooperación jurídica emergente es vital para abordar desafíos comunes, promoviendo la inclusión social y la igualdad de género. La revisión de políticas públicas debe enfocarse en ofrecer incentivos para pequeños agricultores y crear programas de educación y capacitación para mujeres rurales, asegurando que tengan acceso equitativo a recursos agrarios. La colaboración entre Brasil y Chile puede servir de modelo para otras regiones, mostrando cómo la integración puede llevar a economías más justas y sostenibles.

En conclusión, a pesar de los desafíos significativos, existen oportunidades para implementar reformas que promuevan la inclusión social y el desarrollo sostenible. La cooperación entre Brasil y Chile, en el contexto del Mercosur, puede servir como un modelo

para otras regiones, demostrando el potencial de integración jurídica y política para lograr economías más justas y equitativas.

En el contexto del Mercosur, la discusión sobre género, agricultura familiar y reforma agraria subraya la importancia crítica de políticas que amplíen las libertades reales de las personas, como destaca Amartya Sen. Además de la redistribución de recursos, es esencial promover la capacidad de los individuos para participar plenamente en la sociedad. La justicia social debe ser promovida a través del uso equitativo del territorio, según lo defendido por Milton Santos, tratándolo como un espacio de igualdad y ciudadanía. Esto requiere políticas que aseguren oportunidades iguales para todos, especialmente para las mujeres rurales, permitiéndoles desarrollarse como agentes de cambio.

Cida Bento destaca la necesidad de enfrentar las desigualdades estructurales en la distribución de tierras, que históricamente han beneficiado a grandes propietarios en Brasil. Las políticas públicas deben ser reevaluadas y reformuladas para promover una distribución justa de la tierra, garantizando el acceso equitativo y la inclusión de mujeres y grupos marginados.

La agricultura familiar y los pequeños agricultores emergen como pilares fundamentales en la lucha contra la inseguridad alimentaria global. Son cruciales para garantizar la producción sostenible de alimentos y la resiliencia de las comunidades locales. Fortalecer la agricultura familiar promueve no solo la seguridad alimentaria, sino también la diversidad agrícola y la sostenibilidad ambiental, esenciales en tiempos de crisis alimentaria global.

La cooperación jurídica dentro del Mercosur debe enfocarse no solo en el crecimiento económico, sino también en la promoción de la equidad social y la libertad como un objetivo central del desarrollo. La colaboración entre Brasil y Chile puede servir de modelo, demostrando cómo la integración puede llevar a economías más justas y sostenibles, asegurando que los recursos agrarios y las oportunidades sean distribuidos de manera equitativa, fortaleciendo así la seguridad alimentaria y el bienestar comunitario.

REFERENCIAS

BENTO, Cida. El pacto de la blancura. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

BRASIL. Ministerio de Desarrollo Agrario. Género, agricultura familiar y reforma agraria en el Mercosur. – Brasília: Ministerio de Desarrollo Agrario, 2006, p. 37.

DEER, Carmen Diana; LEÓN, Magdalena. Empoderamiento de las mujeres. Derechos de tierra y propiedad en América Latina. University of Pittsburgh Press. Pitt Latin American Studies. 2001.

DEER, Carmen Diana. Objetivos de desarrollo sostenible, igualdad de género y la distribución de tierra en América Latina. Disponible en el *Cadernos PAGU* (52), 2018:e185206.

FAZIO, Hugo R. Mapa Actual de la extrema riqueza en Chile. 1997, p. 7-8, Arcis Universidad. Serie Punto de Fuga. Lom Arcis.

KAY, Cristóbal. "Why East Asia overtook Latin America: Agrarian reform, industrialisation and development", publicado en *Third World Quarterly* (vol. 23, n.º 6, 2002, pp. 1073-1102), disponible en https://www.researchgate.net/publication/44830493_Why_East_Asia_overtook_Latin_America_Agrarian_reform_industrialisation_and_development. Accedido el 05 set. 2024

OFICINA ECONÓMICA Y COMERCIAL. Informe Económico y Comercial Chile. Actualizado a julio 2024. Disponible en <https://www.icex.es/content/dam/es/icex/oficinas/105/documentos/2024/08/anexos/iec-chile-julio-2024.pdf> accedido el 10 oct. 2024.

SANTOS, Milton. 1926-2001. El Espacio del Ciudadano. 7ª ed. São Paulo. Editora de la Universidad de São Paulo, 2007.

SEN, Amartya. Desarrollo como libertad. Traducción publicada mediante acuerdo con Alfred A. Knopf, una división de Random House, Inc, São Paulo, Ed. SCHWARCZ S.A, Companhia de Bolso. 2010.

THEZA MANRIQUEZ, Marcel; FLORES CACERES, Daniel; GAC JIMENEZ, Daniella. "Reforma Agraria en Chile, ¿Palimpsesto de otra ruralidad? Reflexiones y propuestas". *Polis*, Santiago, v. 16, n. 47, p. 137-164, agosto 2017. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682017000200137&lng=es&nrm=iso Acceso en 23 dic. 2024. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682017000200137>.

UNDURRAGA-VALDÉS, Verónica; ZÚÑIGA-AÑAZCO, Yanira. "El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género". *Rev. derecho (Valdivia)*, Valdivia, v. 37, n. 2, p. 129-152, dic. 2024. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502024000200129&lng=es&nrm=iso Acceso en 10 dic. 2024. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502024000200129>.

VALDÉS, Teresa Echenique. La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. Anuario de Derechos Humanos, n° 9, 2013, pp.171-181. Disponible en <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27042/28640>. Acceso en 05 dic. 2024