



# Libertad de expresión en el Poder Legislativo brasileño: temas y tendencias

---

*Octubre de 2020*

---

**Facultad de Derecho**

Centro de Estudios en Libertad  
de Expresión y Acceso a la Información

**UP**  
Universidad  
de Palermo

# Libertad de expresión en el Poder Legislativo brasileño: temas y tendencias

*Thiago Dias Oliva, Clarice Tavares Macedo y Victor Pavarin Tavares\**

## Resumen ejecutivo

Desde la promulgación de la Constitución de 1988, el derecho a la libertad de expresión pasó a tener un lugar de gran prestigio en el ordenamiento jurídico brasileño. A pesar de eso, los últimos años de producción legislativa en el país señalan el surgimiento de una serie de desafíos para ejercer ese derecho fundamental por los brasileños, desafíos que provienen, en parte, del desarrollo de internet como herramienta de comunicación y del acceso a la información en Brasil. En ese contexto, el presente artículo se propone analizar datos obtenidos por medio de la recopilación de leyes y proyectos de ley en el ámbito federal, con potencial de impacto para el ejercicio de la libertad de expresión. A partir de dicho análisis, este trabajo se enfoca en temas prioritarios y tendencias en la agenda del Congreso nacional, llamando la atención a posibles riesgos de intervención excesiva en este derecho fundamental basado en los parámetros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

## I. Introducción

En Brasil, el derecho a la libertad de expresión y todos sus despliegues fueron impulsados dentro del contexto de la apertura democrática, después de 1985. La nueva Constitución brasileña, promulgada en 1988, otorgó una especial distinción a este derecho fundamental al declarar en el artículo 5º, IV, que es “libre la manifestación del pensamiento, prohibido el anonimato”, y en el artículo 220 que “la manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información, de cualquier forma, proceso o medio no sufrirán ninguna restricción, observando lo dispuesto en esta Constitución”, quedando “prohibida cualquier tipo de censura de naturaleza política, ideológica y artística”. También en ese sentido, el artículo 5º, IX, determina “libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de censura o permisión”. La Constitución además menciona expresamente la libertad de conciencia y de creencia (art. 5º, VI), de convicción filosófica o política (art. 5º, VIII) y de información periodística (art. 220, § 1º).

---

\* Thiago Dias Oliva, graduado en Derecho en la Universidad de San Pablo, está cursando el doctorado en Derecho Internacional Público, con maestría en Derechos Humanos, en la misma universidad. Actualmente, es coordinador de Investigación en el Área de Libertad de Expresión en el InternetLab. Clarice Tavares Macedo es científica social con diploma de la Universidad de San Pablo y está cursando su graduación en Derecho en la Pontificia Universidad Católica. En la actualidad, es investigadora en el InternetLab. Victor Pavarin Tavares está cursando su graduación en Derecho en la Universidad de San Pablo. Actualmente es pasante de Investigación en el InternetLab.

Además, dentro del entorno de apertura democrática, el Movimiento Negro trabajó para la inclusión de la lucha contra el racismo estructural<sup>1</sup> en el país, en la lista de prioridades de la democracia brasileña después de 1985, lo que resultó en el artículo 5º, XLII, de la Constitución. Este establece la práctica del racismo como delito, imprescriptible y sin derecho a fianza. La disposición fue posteriormente reglamentada por la ley Nº 7.716 del 5 de enero de 1989, la cual determina penas a una serie de conductas racistas –incluso la conducta de “practicar, inducir o incitar la discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión o procedencia nacional”–.<sup>2</sup> Si bien el potencial impacto sobre la circulación de contenidos existe, la incriminación de conductas discriminatorias (como el discurso de odio) responde a anhelos sociales importantes, inclusive al combatir el efecto silenciador que las manifestaciones de odio puedan tener sobre los grupos marcados por dichas demostraciones.<sup>3</sup>

Con la llegada de internet, y el creciente aumento en el número de brasileños con acceso a la tecnología, tuvimos otros desarrollos legislativos relevantes en materia de libertad de expresión, como la promulgación de la Ley de Acceso a la Información (ley Nº 12.527 del 18 de noviembre de 2011) que regula el derecho, previsto en la Constitución, de solicitar y recibir informaciones de entidades y órganos públicos. Más recientemente, en 2014, tuvimos la aprobación del Marco Civil de Internet (MCI), lo que le puso fin a una gran incertidumbre jurídica en Brasil: el régimen de responsabilidad de intermediarios. Dicho régimen no resolvió solamente asuntos de responsabilidad civil, sino que también trajo consecuencias directas para ejercer la libertad de expresión y para acceder a la información en Brasil.

La responsabilidad por eventuales daños causados por contenidos de terceros en plataformas de internet se volvió, a lo largo de los años, un asunto delicado. Por un lado, los argumentos ligados a derechos como la libertad de expresión y el acceso a la información justificaban la adopción de modelos regulatorios que exentaban a las plataformas de responsabilidad por contenidos publicados antes de una decisión judicial que los considerara ilegítimos o ilegales, lo que garantizaba que sus políticas y términos de uso comprendieran la amplia y plural divulgación de contenidos. Por el otro, los argumentos relacionados a derechos como la privacidad, el honor y la imagen justificaban integrar arreglos regulatorios que impusieran circunstancias más variadas de responsabilidad, incentivando así a las plataformas a implementar políticas más restrictivas con la intención de evitar el riesgo de la pena por el pago de indemnizaciones.

En medio de las discusiones que precedieron a la aprobación del MCI, los razonamientos vinculados a la libertad de expresión prevalecieron, lo que resultó en la aceptación del modelo de responsabilidad obrante en el artículo 19, actualmente vigente:

Art. 19. Con el propósito de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de internet solamente podrá ser responsable civilmente por daños provenientes del contenido generado por terceros si, habiendo una orden judicial específica posterior, no tomara las medidas para, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo señalado, volcer no disponible el contenido indicado como infractor, salvo que hubiere disposiciones legales contrarias.

<sup>1</sup> Neris, Natália, *A voz e a palavra do Movimento Negro na Constituinte de 1988 [La voz y la palabra del Movimiento Negro en la Asamblea Constituyente de 1988]*, Belo Horizonte, Casa do Direito, 2018.

<sup>2</sup> Última redacción del art. 20, dada por la ley Nº 9.459 del 15 de mayo de 1997.

<sup>3</sup> Dias Oliva, Thiago, *Minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão: o discurso de ódio e a segregação social dos indivíduos LGBT no Brasil [Minorías sexuales y los límites de la libertad de expresión: el discurso de odio y la segregación social de los individuos LGBT en Brasil]*, Curitiba, Juruá, 2015, pp. 67-79.

Dicha redacción recibió un amplio apoyo de la sociedad que derivó en un largo proceso legislativo que contó con una gran participación popular, la cual involucró a interesados y representantes de todos los segmentos –academia, sociedad civil y comunidad técnica, además de los sectores público y privado–. Gracias a una plataforma virtual desarrollada por la Secretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia en asociación con el Centro de Tecnología y Sociedad de la Fundación Getúlio Vargas, la consulta pública sobre el entonces proyecto de ley N° 2.126/2011 recibió más de dos mil contribuciones.

El artículo 19, elemental dentro del marco regulatorio introducido por el MCI, establece una forma de responsabilidad subjetiva por daños provenientes de la difusión de contenidos generados por terceros en internet. Sobre la base de dicha disposición, los intermediarios (también llamados “plataformas de internet” o “proveedores de aplicaciones”) son responsables de contenidos publicados por sus usuarios exclusivamente cuando, siendo notificados por una decisión judicial específica que determine su remoción, no tomen las medidas para hacer no disponible el contenido indicado como ilícito por el Poder Judicial. Es importante destacar, sin embargo, que la ley expresamente aparta la aplicación de la norma del artículo 19 para solucionar los casos que involucran al derecho de autor (art. 19, § 2º) y constituye una norma diversa para los casos que se refieran a la divulgación no consensuada de imágenes íntimas (art. 21). En este último caso, el intermediario se volvería responsable por los contenidos publicados cuando fuese notificado por el usuario perjudicado y no actuara para eliminarlos.

El modelo actualmente vigente en Brasil es considerado como aquel que más privilegia el ejercicio de la libertad de expresión y el acceso a la información en la red. En ese sentido, Frank La Rue, antiguo Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para promover y proteger el derecho a la libertad de opinión y expresión, elogió explícitamente a las legislaciones de países como Chile y Brasil<sup>4</sup> que admiten la responsabilidad de intermediarios de internet únicamente con la posterior apreciación de la legitimidad de los pedidos de eliminación del contenido por el Poder Judicial.

En lo que respecta al ejercicio de la libertad de expresión, aunque Brasil haya experimentado un relativo progreso legislativo antes de la redemocratización, una serie de desafíos sigue colocando a este derecho fundamental en riesgo en el país. Ese es el caso, por ejemplo, de la tendencia de protección excesiva de derechos de la personalidad (honor e imagen)<sup>5</sup> y el de la exacerbación de la autoridad policial y de los instrumentos disponibles para la investigación delictiva –siendo esta última impulsada por grandes eventos nacionales recientes, como la Copa del Mundo de 2014 y los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro de 2016–. También, el crecimiento de internet y de grandes plataformas digitales como Facebook, Twitter, Instagram y YouTube agregaron nuevos temas al debate sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

En este contexto, el presente estudio se propone investigar cómo el Poder Legislativo viene respondiendo a los anhelos de la sociedad brasileña, y si esas respuestas están alineadas con los parámetros internacionales. Dicho estudio abarca el esfuerzo del Observatorio Regional, Legislación en Libertad de Expresión en América Latina, coordinado por el Centro de Estudios de Libertad de Expresión y de Acceso a la Información de la Universidad de Palermo, con la intención de monitorear el impacto del debate en torno a la regulación de internet en el ejercicio de la libertad de expresión. Todo esto tiene como objetivo sistematizar el acceso a leyes y proyectos de ley que

<sup>4</sup> La Rue, Frank, informe presentado para la sesión 17º del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, U.N. Doc. A/HRC/17/27, 6 de abril, 2018.

<sup>5</sup> Dias Oliva, Thiago, Antonialli, Dennys y Wile dos Santos, Maíke, “Censura digital ao humor: análise de decisões judiciais envolvendo liberdade de expressão na internet” [“Censura digital al humor: análisis de decisiones judiciales involucrando la libertad de expresión en internet”], en: *Revista Direitos Culturais [Revista Derechos Culturales]*, Vol. 14, N° 34, Santo Ângelo, Universidad Regional Integrada del Alto Uruguay y de las Misiones, 2019, pp. 19-44.

afectan ese derecho fundamental en América Latina. Además, el proyecto controla los progresos legislativos con el fin de identificar predisposiciones, así como promover evaluaciones independientes de leyes y proyectos de ley teniendo como referencia los parámetros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

## 1. Metodología

El trabajo comprende la recopilación, organización, tabulación y análisis de leyes y proyectos de ley que puedan impactar de alguna forma en el ejercicio de la libertad de expresión, ya sea en internet o fuera de línea. Las leyes compiladas datan de 1997 en adelante, mientras que los proyectos de ley de 2012 en adelante.<sup>6</sup> La selección de las leyes se realizó por medio de una investigación en el banco público de datos, llevada a cabo entre septiembre y diciembre de 2019,<sup>7</sup> con términos que pudiesen remitir de alguna forma a la regulación del discurso.<sup>8</sup> En el caso de la selección de proyectos de ley relevantes, se solicitó información a la sección de archivología de la Cámara de Diputados en octubre de 2019.<sup>9</sup>

En la etapa de tabulación, los investigadores organizaron las leyes y los proyectos de ley obtenidos en dicha selección al responder a una serie de preguntas sobre la naturaleza de la intervención propuesta en el discurso (civil o penal), su carácter protector o restrictivo a la libertad de expresión, su objetivo y la conexión de temas relacionados con la regulación de internet. Además de eso, los investigadores analizaron las leyes y proyectos de ley seleccionados según las normas del test tripartito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que verifica la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad de restricciones para el ejercicio de la libertad de expresión.<sup>10</sup>

A partir del resultado, los investigadores identificaron tendencias y temas prioritarios a ser desarrollados en profundidad en el siguiente orden: 1) lucha contra el terrorismo y el desacato: amenazas contra el derecho de manifestación; 2) protección del honor y represión a la crítica: calumnia, injuria y difamación; 3) lucha contra la discriminación; 4) protección de derechos de autor; 5) protección de niños y adolescentes y censura a la expresión artística; 6) protección de la intimidad; 7) lucha contra la desinformación; 8) protección a la privacidad y datos personales; y 9) régimen de responsabilidad de intermediarios.

<sup>6</sup> Las tablas con las leyes y proyectos de ley seleccionados por los investigadores están disponibles en: <https://observatoriolegislativocele.com>, último acceso: 18 de octubre de 2020.

<sup>7</sup> Portal da Legislação, disponible en: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

<sup>8</sup> Los términos investigados fueron los siguientes: calumnia, injuria, desacato, terrorismo, violencia online, discriminación online, pornografía, discurso de odio, *fake news*, noticias falsas, responsabilidad de intermediarios, neutralidad de red, acceso a la información, propiedad intelectual, derechos de autor, expresión, seguridad nacional, libertad electoral, delitos cibernéticos, reputación, honor, imagen, igualdad, no discriminación, privacidad, libertad de prensa, libertad de culto, promoción de la cultura, acceso a la cultura, regulación de los medios, datos personales, apología, publicidad, libertad de reunión, libertad de asociación, orden público, gobierno electrónico, publicidad infantil, cigarrillo, propaganda engañosa, moral pública, asedio.

<sup>9</sup> En dicha selección, se realizó una búsqueda en los archivos internos de la Cámara para identificar proyectos activos de ley, es decir, que siguen en discusión en el Congreso nacional, haciendo uso de los siguientes términos: libertad de expresión, libertad de pensamiento, libre manifestación del pensamiento, derecho al olvido, calumnia, injuria, desacato, terrorismo, apología del delito, violencia online, discriminación online, pornografía, discurso de odio, *fake news*, noticia falsa, responsabilidad de intermediario, neutralidad de red, acceso a la información, propiedad intelectual, derecho de autor, seguridad nacional, libertad electoral.

<sup>10</sup> “1) La limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, 2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y 3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, OEA Doc. CIDH/RELE/INF. 2/09, 2009, p. 24.

## II. Lucha contra el terrorismo y el desacato: amenazas contra el derecho de manifestación

En la historia reciente de Brasil, el año 2013 fue un marco para el ejercicio del derecho a protestar y para las legislaciones antiterroristas. En junio de aquel año, estalló una ola de manifestaciones originada por el aumento de precios de los pasajes de ómnibus en San Pablo. Luego de una fuerte y violenta represión de la policía militar paulista, las protestas crecieron y se esparcieron por todo Brasil, pasando a tener pautas diversificadas que expresaban una insatisfacción generalizada. Sumado a esta serie de protestas, que fue conocida posteriormente como “Jornadas de junio”, los grandes eventos deportivos que se han llevado a cabo en el país (la Copa del Mundo, en 2014, y las Olimpiadas, en 2016) sirvieron como justificación para iniciativas del Poder Legislativo y Ejecutivo de proyectos de ley (PL) para la lucha contra el terrorismo y la incriminación de protestas. En marzo de 2016, propuesta por la Presidencia de la República, fue sancionada la ley Nº 13.260/2016, conocida como la Ley Antiterrorista.

El tratamiento del terrorismo en el ordenamiento jurídico brasileño no es una novedad. La Constitución Federal de 1988, en el artículo 4º, VII, prevé que Brasil, en las relaciones internacionales, se rige por el repudio al terrorismo e incluye, en el artículo 5º, XLIII, al terrorismo en el listado de delitos sin derecho a fianza. La Ley de Seguridad Nacional (ley Nº 7.170/1983), con fecha del período dictatorial, establece en su artículo 20 –entre otros delitos– la pena de reclusión de tres a diez años para la práctica de “actos de terrorismo”. Aun tratándose de actos de terrorismo, las legislaciones posteriores a la ley Nº 13.260/2016 no los tipificaban.

Desde 2012, se presentaron cuatro proyectos de ley que pretendían tipificar el terrorismo (PLS Nº 499/2013, PL Nº 44/2014, PLS Nº 178/2015 y PL Nº 2.016/2015). Entre ellos, solamente el PL Nº 2.016/2015 culminó en una ley ordinaria. Durante su tratamiento en las asambleas legislativas, este proyecto de ley, que originó la Ley Antiterrorista, movilizó a la sociedad civil, principalmente por causa del temor de aplicarse la ley para restringir manifestaciones de carácter político e incriminar movimientos sociales. Diversos aspectos del anteproyecto fueron criticados y vetados fuertemente por la entonces presidenta Dilma Rousseff. Entre los puntos principales retirados del texto final, se destacan el párrafo del artículo 2º que preveía la pena de reclusión para acciones contra bienes públicos y privados, e incluía a los sistemas informáticos; el párrafo en el artículo 4º que disponía la pena para la apología al terrorismo; y el artículo 9º que determinaba el cumplimiento de la pena en prisiones de seguridad máxima.

A pesar de estas modificaciones y de la inclusión del párrafo 2º en el artículo 2º –el cual constituye que la referida ley no se aplica a manifestaciones o movimientos sociales–, la versión aprobada mantiene modelos penales muy abiertos y sanciones desproporcionadas. La ley define, en el inicio del artículo 2º, terrorismo como “la práctica por uno o más individuos de los actos previstos en este artículo por razones de xenofobia, discriminación o prejuicio de raza, color, etnia y religión, cuando fuesen cometidos con la finalidad de provocar terror social o generalizado, poniendo en peligro a personas, patrimonio, a la paz pública o a la seguridad pública”. Las definiciones presentes en el inicio, como “finalidad de provocar terror social o generalizado”, por ejemplo, son muy amplias y permiten un vasto margen de arbitrariedad. Además, las penas impuestas son elevadísimas (de doce a treinta años de prisión) y la ley equipara conductas de diferentes niveles de gravedad, por ejemplo, coloca la amenaza de uso y el uso efectivo de armas biológicas en el mismo nivel.

Más allá de las controversias que involucran a la legislación antiterrorista en el sentido de amenazar el derecho a la manifestación, hay cinco proyectos de ley pendientes de tratamiento en el Senado y en la Cámara de Diputados (PL Nº 9.604/2018, PL Nº 9.858/2018, PL Nº 350/2019, PL Nº 5.358/2016, PLS – o proyecto de ley del Senado – Nº 272/2016) que prevén un endurecimiento aún mayor de disposiciones en la ley vigente. Los proyectos de ley Nº

9.604/2018 y Nº 9.858/2018, respectivamente, establecen el “abuso del derecho de articulación de movimientos sociales” (art. 2º, § 3º) y sobre actos terroristas “disfrazados de manifestación” (art. 2º, § 3º), evidenciando una clara intención de restringir el derecho a la protesta e incriminar a los movimientos sociales.

El PLS Nº 272/2016, que causó una fuerte reacción en la sociedad civil, retoma diversos aspectos que fueron vetados de la Ley Antiterrorista, como ser el cumplimiento de la pena en establecimientos penales de seguridad máxima (art. 7º-A) y la idea de apología al terrorismo (art. 3º-A). Asimismo, el PLS Nº 272/2016 incluye en el listado de actos terroristas el sabotaje de sistemas de informática o bancos de datos “con interés político o ideológico” (art. 2º, § 1º, VII). La propuesta agrava al poder punitivo y atenta contra los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

La Ley Antiterrorista es uno de los instrumentos del ordenamiento jurídico brasileño que limita la libertad de expresión y el derecho de manifestación. Sin embargo, es importante destacar otra disposición legal ampliamente utilizada para restringir manifestaciones de carácter político: el desacato. Instaurado en el artículo 331 del Código Penal, el delito de desacato consiste en la conducta de “desacatar a un funcionario público en el ejercicio de su función o en virtud de ella”. El citado modelo penal es incompatible con el principio 11 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el cual establece que “los funcionarios públicos están sujetos al mayor escrutinio de la sociedad. Las leyes que castigan la expresión ofensiva contra funcionarios públicos, generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’, atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.

Hay cinco proyectos de ley sobre el desacato pendientes de tratamiento en asambleas legislativas (PL Nº 8.125/2014, PL Nº 8.073/2017, PLS Nº 3.691/2019, PL Nº 10.908/2018 y PL Nº 2.769/2015), entre los cuales solamente dos de ellos (PL Nº 10.908/2018 y PL Nº 2.769/2015) disponen la revocación del tipo penal, con el fin de compatibilizar el ordenamiento jurídico con las convenciones internacionales y con la decisión del juicio de recurso especial Nº 1.640.084/SP<sup>11</sup> de la 5ª Cámara del Superior Tribunal de Justicia.

De esta manera, la legislación brasileña sobre el terrorismo, combinado con otros tipos penales como el desacato, conforma uno de los instrumentos usados por la policía y por otras instituciones gubernamentales para reprimir movimientos sociales y para restringir el derecho a protestar. La Ley Antiterrorista es incompatible con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos<sup>12</sup> por darle la oportunidad a la arbitrariedad, por tipificar conductas que ya se encuentran tipificadas en otros instrumentos legales y por imponer penas excesivamente elevadas para diversas conductas.

<sup>11</sup> En la decisión dictada en el recurso especial, la SCC señaló que entendió que la conducta prevista en el art. 331 del Código Penal, el desacato, había sido despenalizada dado que es incompatible con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tratado admitido en el ordenamiento jurídico brasileño por el decreto Nº 678/1992.

<sup>12</sup> “[Recomendación] 365. Los órganos legislativos deben abstenerse de crear tipos penales vagos o que criminalizan conductas propias de una protesta social, como sucede con las sanciones penales por falta de autorización o el desacato, o la afectación de la circulación. Estos tipos penales resultan violatorios del principio de legalidad y de los estándares interamericanos. [Recomendación] 366. Cualquier norma penal que pueda afectar el derecho a desarrollar manifestaciones y protestas debe cumplir estrictamente con el principio de legalidad. Las políticas contra el terrorismo o crimen organizado no deben legislarse de modo tal que restrinjan los derechos humanos [...] y gener[en] un efecto inhibitorio generalizado para el ejercicio de los derechos de reunión, asociación, libertad de expresión y derechos políticos en los contextos mencionados en este informe”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, OEA Doc. CIDH/RELE/INF. 22/19, 2019, pp. 118-119.

### III. Protegiendo el honor y reprimiendo a la crítica: calumnia, injuria y difamación

La Constitución Federal de 1988 legitima el derecho a la libre manifestación del pensamiento en el artículo 5º, IV. El derecho no es, sin embargo, ilimitado. La propia carta constitucional establece la prohibición del anonimato (art. 5º, IV), la garantía al derecho de respuesta y la responsabilidad –administrativa, civil y penal–, proporcional al agravio (art. 5º, V). En el mismo sentido, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) prevé en el artículo 13 el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, y destaca que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a la censura previa, pero sí a responsabilidades posteriores, que deben estar expresamente estipuladas en la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de las demás personas”.

Aprobada por la CIDH, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión plantea en el principio 10 que la protección al honor se debe limitar a las sanciones civiles. En el sentido contrario de esos estándares, el Código Penal brasileño tipifica, en el Capítulo V, los llamados “delitos contra el honor” que son: i) calumnia, prevista en el artículo 138, que consiste en la conducta de imputar falsamente a alguien, hecho calificado como delito; ii) difamación, tipificada en el artículo 139, calificada como la conducta de imputar a alguien hecho ofensivo contra su honor y reputación; y, finalmente, iii) injuria, prevista en el artículo 140, que consiste en la ofensa a la dignidad o decoro de otras personas. Hay veintitrés proyectos de ley pendientes de tratamiento en las asambleas legislativas brasileñas, en el Senado federal y en la Cámara de Diputados que versan sobre calumnia, injuria o difamación. Estos proponen modificaciones normativas en relación con cuatro temas centrales: i) calificación y agravamiento del castigo de delitos contra el honor para determinados sectores o grupos sociales; ii) práctica de delitos contra el honor por internet; iii) práctica de calumnia, injuria y difamación en propaganda electoral; y iv) despenalización de los delitos contra el honor.

Los proyectos de ley Nº 3.036/2015, Nº 6.749/2016, Nº 3.002/2019 y Nº 3.388/2019, con iniciativa de la Cámara de Diputados, sugieren el aumento de la sanción para determinadas categorías profesionales o para determinadas situaciones. Bajo la justificación de motivar la “restitución del respeto a la escuela y al profesor en Brasil” y de servir como “objetivo pedagógico”, los proyectos de ley Nº 3.036/2015 y Nº 3.002/2019 califican los delitos contra el honor, en el caso de que el daño causado sea contra profesionales de enseñanza, culminando con un aumento de un tercio de la pena. De la misma forma, el PL Nº 6.749/2016 plantea el agravamiento del castigo para la práctica de calumnia, injuria y difamación contra médicos y profesionales de la salud. El PL Nº 3.388/2019 prevé adicionar un párrafo en el artículo 138 del Código Penal que establezca aplicar la “pena duplicada si el delito falsamente imputado fuera contra la dignidad sexual”. Dichos proyecto de ley son problemáticos por traer discriminaciones injustificadas respecto a la aplicación de los modelos penales, además de representar un aumento del poder punitivo estatal que puede implicar riesgos a la libertad de expresión.

Además de los mencionados proyectos de ley que califican y agravan las sanciones de los delitos contra el honor, hay otros diez proyectos de ley pendientes de tratamiento en las asambleas legislativas cuya propuesta es volver más serio el delito de injuria en los casos de discriminación. Por implicar asuntos sensibles como ser discursos de odio y marginación de grupos sociales vulnerables, dichos proyectos se analizarán de manera más profunda en la próxima sección.

La conducta calumniosa, injuriosa y difamatoria en internet es un tema que ha movilizó al Poder Legislativo brasileño. Hay cuatro proyectos de ley sobre el tema pendientes de tratamiento (PL Nº 4.148/2015, PL Nº 4.301/2019, PLS Nº 130/2016 y PL Nº 1.589/2015). Todos ellos proponen volver más seria la práctica en línea de delitos contra el honor. El tratamiento del PL Nº 1.589/2015 movilizó a la sociedad civil, especialmente por la



incompatibilidad con el Marco Civil de Internet (ley N° 12.965/2014) y con la Ley General de Protección de Datos Personales (ley N° 13.709/2018), y por la posibilidad de restricción a derechos fundamentales como la libertad de expresión y la privacidad. También, el artículo 2º del PL N° 1.589 plantea aumentar y aplicar el quíntuple de la pena para los casos en que la ofensa contra el honor motive la práctica de actos que causen la muerte de la víctima. Tal disposición haría que el delito no tuviera derecho a fianza y podría responsabilizar al acusado por un homicidio cometido contra terceros, lo que se opone al principio constitucional de la personalidad, según el cual ninguna pena podrá transferirse de la persona condenada (art. 5º, XLV, CF).

Respecto a la propaganda electoral, los proyectos de ley que versan sobre delitos contra el honor dentro del contexto electoral siguen la tendencia punitiva y de agravamiento de la política penal de los demás proyectos de ley analizados. El PL N° 5.003/2019 se refiere a los casos de conducta injuriosa, difamatoria o calumniosa practicada por un medio virtual, y prevé una pena de reclusión de dos a seis años. Los proyectos son incompatibles con los estándares internacionales, según los cuales las leyes penales sobre delitos contra el honor deben ser derogadas.<sup>13</sup> Además, en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se entiende que los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad —y, por eso, leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información—. <sup>14</sup>

Por último, hay tres proyectos de ley pendientes de tratamiento en asambleas legislativas que proponen la modificación de tal escenario normativo a través de la despenalización de los delitos contra el honor. El PL N° 7.475/2017 es, en ese sentido, el más amplio, cuya propuesta es revocar el capítulo V del Código Penal, bajo la justificación de que las conductas de injuria, calumnia y difamación no necesitan intervención del derecho penal, dado que el bien jurídico protegido por esos modelos penales —el honor— ya cuenta con protección jurídica en otras ramas del derecho. La propuesta, alineada con los tratados internacionales, defiende que tales conductas deben representar ilícitos civiles, sujetos a responsabilidad vía indemnización. Los dos otros proyectos de ley pendientes de tratamiento (N° 11.218/218 y N° 2.287/2019) siguen el mismo tono, sin embargo, estipulan la despenalización parcial de las conductas previstas en el capítulo V.

## IV. Lucha contra la discriminación

Con la redemocratización y la promulgación de la Constitución ciudadana en 1988, el Estado brasileño aseguró el principio de igualdad, sancionado en el artículo 5º, en su inicio: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo”. El artículo 5º de la Carta Magna, además de disponer la libre manifestación del pensamiento en su inciso IV, garantizó, también, el castigo a cualquier discriminación ofensiva de los derechos y de las libertades fundamentales (art. 5º, XLI, CF) y previó la práctica del racismo como delito imprescriptible y sin derecho a fianza

<sup>13</sup> “Las leyes penales sobre difamación constituyen restricciones desproporcionadas al derecho a la libertad de expresión y, como tal, deben ser derogadas”. OEA, Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión; Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión; Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 3 de marzo, 2017, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

<sup>14</sup> CIDH, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, 16-27 de octubre, 2000, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

(art. 5º, XLII, CF). Así, aun siendo una garantía fundamental, la libertad de expresión para el ordenamiento jurídico brasileño constituye sanciones contra conductas discriminatorias, incluso en el ámbito del discurso. Esto está en conformidad con el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece que la ley debe prohibir “toda apología al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, a la hostilidad, al delito o a la violencia”.

La ley Nº 7.716/89, conocida como la Ley de Lucha contra el Racismo, regula el artículo 5º, XLII, de la Constitución federal y determina los delitos provenientes de discriminación y de prejuicio de raza, color, etnia, religión y procedencia nacional. El artículo 20 de la referida ley tipifica la conducta de practicar, inducir o incitar la discriminación o prejuicio, lo que implica, por lo tanto, la responsabilidad penal de los discursos discriminatorios. En la misma forma, la ley Nº 9.459/1997 incluye en la redacción del artículo 140 del Código Penal (disposición que prevé el delito de injuria) el párrafo 3º que crea la figura de la injuria calificada, y estipula una pena de reclusión de uno a tres años para la práctica de la conducta injuriosa que se refiera a elementos de raza, color, etnia, religión u origen. La ley Nº 10.741/2003, el llamado Estatuto del Anciano, incluyó dos nuevas categorías en el artículo 140, párrafo 3º del Código Penal: la persona anciana o con discapacidad.

Desde 2012, se presentaron en el Senado federal y en la Cámara de Diputados diecisiete proyectos de ley sobre discriminación por género, raza, orientación sexual o de otros grupos socialmente vulnerables. Hay, en la actualidad, diez proyectos de ley pendientes de tratamiento en asambleas legislativas que versan sobre el artículo 140, párrafo 3º, CP, incluido por la ley Nº 9.459/1997 (PL Nº 8.127/2014, PL Nº 1.749/2015, PL Nº 9.542/2018, PL Nº 9.860/2018, PLS Nº 291/2015, PLS Nº 69/2014, PLS Nº 42/2016, PL Nº 2.712/2019, PLS Nº 357/2013, PL Nº 5.944/2016). Las citadas propuestas sobre injuria racial tienden a prever el agravamiento de las sanciones (que amplían la pena de uno a tres años, a dos a cinco años) y a aumentar el listado de categorías protegidas por la disposición legal, incluidos género, orientación sexual y estado de salud.

La Ley de la Lucha contra el Racismo, así como las leyes posteriores que propusieron modificaciones a la legislación antirracista y los proyectos de ley que regulan el tema, tratan conceptos que son disputados, como raza y racismo. En este sentido, la decisión dictada en septiembre de 2003 por la Suprema Corte Constitucional (SCC) en el *habeas corpus* Nº 82.424/RS, en el caso Ellwanger, fue clave para construir la definición jurídico-constitucional del término “racismo”. Siegfried Ellwanger fue condenado a reclusión por inducir e incitar prejuicios y discriminación, según el artículo 20 de la ley Nº 7.716/89, por el Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur por la publicación de libros con contenido antisemita. En el *habeas corpus* solicitado por la defensa de Ellwanger, se argumentó que, no siendo el pueblo judío una raza, el caso no podría ser encuadrado como racismo. Sin embargo, lo que entendió la SCC fue que el término raza no se limita a aspectos biológicos y etnológicos, pero sí requiere la unión de factores y circunstancias históricas, políticas y sociales.

Respecto al ámbito de incidencia de la Ley de Lucha contra el Racismo, en una decisión recientemente dictada en junio de 2019, en la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión 26, la SCC encuadró a la homofobia y a la transfobia como delitos de racismo, al reconocer la omisión legislativa para incriminar conductas “LGBTfóbicas” y, consecuentemente, al identificar a las personas LGBT como un grupo vulnerable. En lo que respecta a la omisión legislativa, es importante destacar que, de los diecisiete proyectos de ley y de las dos leyes que regulan la discriminación que entraron en el marco temporal de la investigación, solamente dos proyectos de ley (Nº 2.712/2019 y Nº 5.944/2016) relacionaron la discriminación con la orientación sexual o la identidad de género.

El Poder Legislativo ha actuado también –aunque de manera discreta– en la lucha contra la discriminación de la mujer. Además de los proyectos de ley que incluyen género en el listado de categorías del artículo 140, párrafo

3º del Código Penal, hay cuatro proyectos de ley pendientes de tratamiento que versan sobre el tema. El PL Nº 2.016/2019 incluye en el artículo 121, párrafo 2º-A (delito de feminicidio), a la violencia sufrida por la mujer proveniente de la libre manifestación del pensamiento; el PL Nº 1.399/2019 prohíbe el acoso contra la mujer en el ámbito de trabajo; el PLS Nº 380/2015 incrimina el acoso verbal y físico; y el PLS Nº 461/2017 caracteriza como publicidad abusiva a propagandas que presenten puntos de vista desiguales de género.

La discriminación contra grupos socialmente vulnerables, tanto bajo la forma de discurso de odio como en violencias más graves, está destinada a una negación de la humanidad y de la dignidad, como también a generar control ideológico y político de minorías raciales, étnicas y sexuales, entre otras. El Poder Legislativo está discutiendo las peticiones de los grupos afectados sobre discursos discriminatorios y de odio por la vía del derecho penal –de los diecisiete proyectos de ley analizados, solamente dos (Nº 461/2017 y Nº 1.399/2019) son de otras ramas del derecho–.

## V. Protección de derechos de autor

El régimen de derechos de autor brasileño ha sido ampliamente cuestionado debido a la notable expansión de las posibilidades de acceso a la información y al conocimiento provenientes de las nuevas tecnologías y de internet. La ley Nº 9.610/1998 (Ley de Derechos de Autor –LDA–) se compone de una serie de disposiciones restrictivas que dificultan el acceso al conocimiento y el desarrollo tecnológico, justamente por haber sido concebida durante una época en la cual nadie se imaginaba que la sociedad tendría a disposición los equipamientos utilizados actualmente para las más diversas actividades. Es lo que sucede, por ejemplo, con las obras fotográficas: se sabe que fue mucho más simple producir y reproducir fotografías en los últimos años que en toda la historia pasada, lo que también ha cambiado el valor atribuido a la imagen. La legislación de derechos de autor necesita acompañar este proceso para proteger, de un lado, a las obras efectivamente originales y, del otro, para apartar expresamente un derecho de autor autónomo de simples tomas automáticas de imágenes, sin ninguna creación artística.<sup>15</sup>

Ante este y otros desajustes entre el régimen de derechos de autor brasileño y las nuevas tecnologías, el acabado Ministerio de Cultura (MinC), en 2010, luego de promover debates con diferentes actores, sometió a consulta pública un anteproyecto de ley para reformar la LDA. No obstante, el proceso de reforma se interrumpió debido a otros temas que movilizaron al Congreso nacional como la proximidad de las elecciones presidenciales y la aprobación del Marco Civil de Internet (ley Nº 12.965/14 –MCI–).<sup>16</sup> En la edición del MCI, incluso, se consideró agregar en el ámbito del artículo 19 la responsabilidad de las plataformas en los casos de violación de los derechos de autor por parte de los usuarios, pero el régimen de derechos de autor fue excluido del texto final de la ley.

A pesar del fracaso de concretar cambios necesarios en la LDA, un logro importante en términos de derechos de autor fue alcanzado en 2015: Brasil ratificó el Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a Obras Publicadas para las

<sup>15</sup> La antigua Ley de Derechos de Autor brasileña (ley Nº 5.988/73) preveía el requisito de la creación artística para las obras fotográficas, habiendo retrocedido a la LDA en ese aspecto. Resulta urgente hacer una reforma que retome el criterio de la originalidad, entre otras disposiciones. Sobre los requisitos de originalidad en el régimen brasileño, ver: de Oliveira Ascensão, José, *Direito autoral [Derecho de autor]*, Río de Janeiro, Renovar, 1997.

<sup>16</sup> Valente, Mariana, Kira, Beatriz y Pancetta Ruiz, Juliana, “Marco Civil vs. Copyright Reform. A Comparative Study. Voice or Chatter? Case Studies”, IT for Change, 2017, disponible en: [https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/13272/Voice%20or%20Chatter\\_Case%20%20Study\\_Brazil\\_August2017.pdf](https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/13272/Voice%20or%20Chatter_Case%20%20Study_Brazil_August2017.pdf), último acceso: 31 de octubre de 2020.

Personas Ciegas, aprobado en la conferencia diplomática de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) en Marruecos. Oportunamente, el documento, cuyo objetivo es permitir el acceso a contenidos de libros para personas ciegas con discapacidad o con otras dificultades de lectura, fue propuesto originalmente por Brasil, Argentina, Paraguay, Ecuador y México, entre otros países de América Latina y Caribe. El decreto N° 9.522/2018 promulgó el tratado en Brasil.

Actualmente, por iniciativa de la Secretaría Especial de Cultura del Ministerio de la Ciudadanía, se abrió un nuevo proceso de consulta pública para reformar la LDA. Gran parte de los debates que sucedieron para la formación de la Directiva sobre Derechos de Autor de la Unión Europea (aprobada en marzo de 2019) servirán como pilar para las propuestas en la consulta pública de la LDA, al considerar la influencia de los modelos regulatorios europeos en el debate legislativo brasileño. Esto representa algunos riesgos, dado que el régimen establecido en Europa es controvertido, principalmente desde el punto de vista de la libertad de expresión.<sup>17</sup> En su artículo 17, la Directiva modifica radicalmente el régimen de responsabilidad de los proveedores intermediarios de aplicaciones, y dispone que algunos servicios deben implementar filtros de *upload* capaces de impedir la disponibilidad de contenidos previamente removidos por ofensas a derechos de autor. Con la intención de apartar responsabilidades, es muy probable que las plataformas utilicen dichos filtros en todas las jurisdicciones en las que presten servicios. Además, en los casos en que se dude sobre la infracción o no de determinado contenido, la tendencia será que el contenido sea eliminado.

A pesar de esa prioridad de los derechos de autor en oposición a los derechos fundamentales, como la libertad de expresión y el acceso a la información, es importante reconocer que la Directiva previó limitaciones y excepciones imprescindibles (arts. 3º a 7º). Una de las más significativas está ligada a los usos permitidos de obras en actividades educativas y en la investigación con minería de texto y de datos. Sin embargo, es necesario observar algunos requisitos. Sumado a un escenario de incertidumbres sobre las posibilidades legales del uso de materiales con tales fines, el propósito de dichas limitaciones para usos educativos y científicos está bastante reducido en Brasil, lo que implica restricciones a usos extremadamente justificados desde el punto de vista del interés público. Las prácticas didácticas contemporáneas son fuertemente pautadas en usos digitales por los educadores, y es fundamental que la legislación se adapte de manera que dé realismo efectivo al derecho de educación.

En la recopilación han sido identificados algunos proyectos con tal propósito. El PL N° 172/2017 propone una modificación en la LDA para establecer que la reproducción de obras agotadas para fines didácticos o científicos, sin intención de lucrar, no constituya ninguna ofensa a los derechos de autor. El PL N° 61/2012, a su vez, tuvo como objetivo dejar exentas a entidades educativas, religiosas y filantrópicas del pago de derechos de autor en usos de obras literarias, cinematográficas, artísticas o científicas, fonogramas y transmisiones de radio y televisión, así como la representación y la ejecución musical, siempre que fueran promovidos por la entidad en eventos solidarios, con la intención de recaudar recursos para su funcionamiento.

Una limitación de extrema importancia en el régimen del derecho de autor brasileño es la disposición en el artículo 46, VIII, de la LDA. Esta trata sobre el permiso para reproducir pequeños fragmentos de obras ya existentes en obras nuevas –o de la obra completa, en el caso de obras plásticas– “siempre que la reproducción en sí no sea el objetivo principal de la nueva obra y que no perjudique la explotación normal de la obra reproducida ni cause un perjuicio injustificado para los intereses legítimos de los autores”. De esta manera, dicha limitación es bastante abierta, ya que la ley no especifica cuánto exactamente representaría una reproducción que viole los derechos de autor. El PL N° 34/2015 propuso un cambio en dicha disposición, al determinar que no sería una violación la reproducción de hasta el 25% de

<sup>17</sup> Valente, Mariana, “A Diretiva sobre direitos de autor da União Europeia podem acabar com a internet?” [¿La Directiva sobre derechos de autor de la Unión Europea puede terminar con internet?], InternetLab, 26 de marzo, 2019, disponible en: <http://www.internetlab.org.br/pt/opiniao/a-diretiva-sobre-direitos-de-autor-da-uniao-europeia-pode-acabar-com-a-internet>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

la obra original, en un solo ejemplar, para uso particular y sin intención de lucrar. Mientras tanto, la restricción explícita de la limitación es contraproducente: el hecho de que la misma sea genérica permite conciliar el derecho de autor con otros derechos magnificados por las transformaciones tecnológicas, otorgando una mayor flexibilidad al sistema.

## VI. Protección de niños y adolescentes y censura a la expresión artística

Una de las principales pautas del debate legislativo brasileño, en el ámbito de la protección de menores de edad, ha sido la lucha contra contenidos sexuales que comprometan a niños, niñas y adolescentes. Con la intención de frenar la multiplicación de canales de comunicación y de sitios que permiten materiales de este tipo, las leyes y los proyectos de leyes tienen el fin de endurecer las penas que aplican a ese tipo de conducta, como también de crear nuevos modelos penales. Se trata de un asunto extremadamente complejo, basado en la importante misión de proteger a niños, niñas y adolescentes, exigiendo así un debate calificado y apartado al máximo de propuestas simplistas de sentido común.

El Estatuto del Niño y del Adolescente (ley N° 8.609/1990 –ENA–), que en su redacción original anterior trata sobre los delitos de producción o dirección de contenido teatral, televisivo o cinematográfico y la disponibilidad de fotos o videos con escenas sexuales que involucren niños, niñas o adolescentes, fue modificado por las leyes N° 10.764/2003 y N° 11.829/2008. Ambas aumentaron las penas para los respectivos delitos y crearon otras hipótesis pasibles de castigo penal. De esta manera, actualmente, el ENA también prevé los delitos de adquisición, tenencia o almacenamiento, por cualquier medio, de foto, video o cualquier otra forma de registro que contenga escenas de sexo explícito de niños, niñas o adolescentes; la simulación de la participación de niños, niñas o adolescentes en escenas de sexo explícito por medio de montajes en materiales audiovisuales; la seducción engañosa a menores, por cualquier medio de comunicación, con el fin de practicar actos sexuales.

Además de las efectivas modificaciones en la legislación sobre el asunto, se propusieron diferentes proyectos legislativos con el mismo objetivo de combatir contenidos sexuales que comprometan a niños, niñas y adolescentes. En este escenario están incorporados los proyectos de ley N° 8.308/2017, N° 1.661/2019, N° 4.928/2019 y N° 2.337/2019, los cuales tuvieron como propósito aumentar la pena del delito de divulgación de imágenes íntimas de niños, niñas y adolescentes, habiendo planteado en este último proyecto también la inclusión del modelo penal en el listado de delitos aborrecibles. Los otros proyectos, por su lado, intentaron restringir el acceso a contenidos pornográficos con niños, niñas y adolescentes, como es el caso del PL N° 7.918/2017, que obliga a los proveedores de las aplicaciones a esforzarse para evitarlo.

Teniendo en cuenta el grado de ofensa de las conductas tratadas en dichos debates, es importante destacar que se vuelve estrictamente necesario un régimen capaz de restringir tales delitos que involucren a menores de edad.<sup>18</sup> Dicha regulación, por otro lado, debe contemplar la libertad de expresión, de informar y de ser informado –lo que

<sup>18</sup> Es importante mencionar que la pornografía infantil es considerada una categoría de discurso no protegido por estándares internacionales: “La pornografía infantil, prohibida en términos absolutos por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 34.c), por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y por el Convenio N° 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (art. 3.b). Esta prohibición, leída en conjunto con el artículo 19 de la Convención Americana, en virtud de la cual, ‘todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado’, implica necesariamente que la pornografía infantil, en tanto forma discursiva violentamente lesiva de los derechos prevalecientes de los niños y de su interés superior, ha de estar excluida del rango de la protección provisto por la libertad de expresión”. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, *op. cit.*, 2009, p. 21.

no se ve en una serie de proposiciones demasiado genéricas que se incluyen en algunos de los proyectos de ley—.

Otra tendencia constatada en la recopilación de la investigación surgió a partir de la propuesta de proyectos que tienen como propósito limitar el acceso de niños, niñas y adolescentes a exposiciones de obras de arte, lo que impacta directamente en la libertad de expresión artística. Es el caso de los proyectos de ley N° 8.876 y N° 8.927, ambos de 2017, que propusieron la modificación del ENA para ordenar el control del acceso de niños a muestras culturales. En el mismo sentido, el PLS N° 506/2017 tuvo como objetivo prohibir el ingreso del público infanto-juvenil a exhibiciones artísticas “inapropiadas”. Dichas propuestas, altamente presionadas por movimientos conservadores, surgieron luego de dos debates que involucraban a instituciones brasileñas de información de archivos.

En un primer momento, la exposición “Queermuseu. Cartografía de la diferencia en el arte brasileño”, realizada en el Santander Cultural de Río Grande del Sur, fue cancelada por el museo luego de una oleada de críticas del Movimiento Brasil Libre (MBL), movimiento de carácter conservador, y por parte de internautas. La muestra, cuyo fin era tematizar y discutir la diversidad en el arte brasileño a través de trabajos de artistas consagrados, fue acusada de pedofilia, zoofilia y violencia contra los valores religiosos y familiares. Esos alegatos estaban realmente fuera de la realidad y del contexto en el cual la exposición transcurrió. Con base en la “moral” y en las “buenas costumbres”, conceptos excesivamente amplios y normalmente utilizados en medios autoritarios, la reacción conservadora defendió la restricción de la libertad artística, medida que fue acatada por el museo. Se puede notar que el arte ejerce un papel fundamental para incentivar el pensamiento, promover el debate e, incluso, provocar malestar.

Dos semanas después del cierre del Queermuseu, otro episodio que involucraba a instituciones brasileñas de información de archivos intensificó los debates sobre la libertad de expresión artística en las redes sociales. La polémica giró en torno de la representación de “La Bête”, presentada en el Museo de Arte Moderno (MAM) de San Pablo, que proponía una lectura interpretativa de la obra “Bicho”, de Lygia Clark, a partir de la posibilidad de interacción del público con un artista desnudo. Luego de un video divulgado en internet con una parte de la representación en la cual es posible ver a un niño, acompañado de su madre, que tocaba los pies y la pierna del artista, los sectores más conservadores criticaron fuertemente al MAM, bajo el argumento de pedofilia. El alcalde de San Pablo de ese momento, João Dória, también desaprobó la representación.<sup>19</sup> En este caso, la consecuencia no fue la censura. El museo aclaró que la representación no tenía contenido erótico y que “las declaraciones contra la ofensa de la situación son resultado de la desinformación, de la tergiversación del contexto y del significado de la obra”.<sup>20</sup>

## VII. Protección de la intimidad

El significativo aumento del uso de herramientas tecnológicas para relaciones afectivas va acompañado del crecimiento de casos de divulgación no consentida de imágenes íntimas. Ante este escenario, es cierto que las víctimas de esa divulgación son casi en su totalidad mujeres. La represión estructural de la libertad sexual de la mujer siempre existió, sin embargo, el mayor grado de exposición promovida por la comunidad virtual trae desa-

<sup>19</sup> G1, “Artistas e políticos se manifestam após performance com nu no MAM” [“Artistas y políticos se manifiestan luego de la representación con un desnudo en el MAM”], Pop & Arte, 2 de octubre, 2017, disponible en: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/artistas-e-politicos-se-manifestam-apos-performance-com-nu-no-mam.ghtml>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

<sup>20</sup> MAM, “Nota de posicionamiento”, 29 de septiembre, 2017, disponible en: <https://mam.org.br/2017/09/29/nota-de-esclarecimento>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

fios adicionales para el enfrentamiento del sexismo. No es de extrañar que la primera ley brasileña que incriminó la difusión de dispositivos informáticos ajenos para obtener, adulterar o destruir datos o informaciones sin autorización del titular fue apodada con el nombre de una actriz brasileña que tuvo la computadora hackeada y más de treinta imágenes íntimas fueron divulgadas en internet (Ley Carolina Dieckmann –ley N° 12.737/2013–).

Antes de esa ley, la conducta de divulgar imágenes íntimas podía –y aún puede– ser encuadrada como difamación o injuria, ambas previstas en el Código Penal. Además, como se mencionó en el tema anterior (ítem VI), el Estatuto del Niño y del Adolescente (ENA) incrimina la disponibilidad de fotos o videos con escenas de sexo que involucre a niños, niñas o adolescentes. También, es importante decir que, si la divulgación no consentida de imágenes íntimas es esencialmente más perjudicial para las mujeres, la situación se vuelve aún más problemática cuando las víctimas son niñas o adolescentes. Por esta razón, el debate sobre violación a la intimidad se intensificó en 2013, cuando dos adolescentes, en un espacio de tiempo de cuatro días, se suicidaron luego de saber que videos e imágenes íntimas de ellas estaban diseminados en internet.

Los casos ocurrieron cuando se discutía la aprobación del Marco Civil de Internet (ley N° 12.965/2014 –MCI–), el cual, en su redacción final, previó una norma específica sobre la responsabilidad de los proveedores de las aplicaciones en los casos de imágenes íntimas divulgadas de manera no consensuada. Se trata de una excepción a la regla general de la ley: en los casos de contenidos de desnudez o de actos sexuales, las plataformas son subsidiariamente responsables cuando reciben una notificación de la víctima o del representante y no quitan el material (art. 21). Es importante mencionar que, en la redacción original del artículo en términos de responsabilidad, no existía la posibilidad de que la notificación la realice el protagonista de la imagen. Luego de diversas críticas generadas principalmente por la sociedad civil debido a los impactos de la ley de libertad de expresión, después de todo, cualquier contenido que comprometa desnudez en internet podría ser motivo para solicitar la remoción, el texto pasó a disponer que el pedido debería realizarlo exclusivamente “el ofendido o su representante legal”.

El libro *El Cuerpo es el Código: estrategias jurídicas de enfrentamiento al revenge porn en Brasil*, publicado por InternetLab en 2016,<sup>21</sup> analizó las resoluciones de segunda instancia del Tribunal de Justicia de San Pablo sobre la divulgación no consentida de imágenes íntimas, durante los años siguientes a la aprobación del MCI. Los resultados de la investigación parecen indicar que hay una tendencia de responsabilidad de las empresas en los casos analizados. Tres años después de la publicación del libro, InternetLab actualizó el análisis:

El término “pornografía de venganza” que no manifestaba resultados, en el presente año aparece al menos en 3 sentencias, lo que indica su incorporación al poder judicial luego de aprobarse el MCI. Observamos además que para aplicarse el artículo 21, la existencia del desnudo y la notificación previa a las plataformas han sido fundamentales.<sup>22</sup>

Después del MCI, fueron propuestos varios proyectos de ley con el objetivo de volver expresamente en delito la conducta de divulgar imágenes íntimas sin consentimiento. Es el caso de los PLS N° 63/2015 y el PL N° 1.589/2015,

<sup>21</sup> Valente, Mariana *et al.*, *O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil [El Cuerpo es el Código: estrategias jurídicas de enfrentamiento al revenge porn en Brasil]*, San Pablo, InternetLab, 2016, disponible en formato exclusivamente digital y para descarga gratuita (licencia de Creative Commons) en: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/07/OCorpoOCodigo.pdf>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

<sup>22</sup> Neris, Natalia, “Conquistas e desafios na proteção da intimidade na internet” [“Logros y desafíos para la protección de la intimidad en internet”], InternetLab, 10 de abril, 2019, disponible en: <http://www.internetlab.org.br/pt/especial/conquistas-e-desafios-na-protecao-da-intimidade-na-internet>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

habiendo sugerido este último, incluso, el aumento de la pena en el caso de que la conducta provoque la muerte de la víctima. Dichas propuestas generaron más debates sobre el tema y en 2018 fue aprobada la ley N° 13.178 la cual, al tipificar los delitos de acoso sexual, previó la pena de reclusión de uno a cinco años para quien divulgue escenas de estupro, sexo, desnudez o pornografía. En el mismo año, la ley N° 13.772 reconoció que la violación a la intimidad de la mujer representa violencia doméstica y familiar, y de la misma forma incriminó el registro no autorizado de contenidos con escenas de desnudez o acto sexual de carácter íntimo y privado. Según las palabras de Rogério Cunha, promotor de Justicia en el Estado de San Pablo, el modelo previsto en la ley N° 13.772:

Llena el espacio que había en relación con el castigo de la conducta de individuos que registraban la práctica de actos sexuales entre terceros. La repercusión fue grande cuando en enero de 2018 una pareja alquiló un departamento para pasar algunos días en el litoral de San Pablo y, después de instalarse, notaron una pequeña luz detrás de un espejo que decoraba el dormitorio. La extraña señal hizo que uno de ellos revisara el espejo y, espantado, descubrió que allí había una cámara instalada. El equipo fue apagado inmediatamente y enseguida la pareja recibió una llamada del propietario del inmueble, quien preguntó si había ocurrido algún problema, lo que indicaba que las imágenes estaban siendo transmitidas en tiempo real.<sup>23</sup>

Por último, es importante mencionar que, en 2019, el proyecto de ley N° 5.191 tenía el objetivo de modificar el MCI para obligar a los proveedores de las aplicaciones a que implementen mecanismos de control de acceso a contenidos de índole pornográfico. Aunque este proyecto no se encuentre vigente, el PL N° 2.390/2015, que determina la prohibición del acceso de niños y adolescentes a sitios con “contenidos inapropiados”, será discutido por la Comisión de Ciencia y Tecnología, Comunicación e Informática (CCTCI) de la Cámara de Diputados. El proyecto supone crear un Registro Nacional de Acceso a Internet por el Poder Público, por medio del cual sea posible visualizar informaciones como el nombre completo, dirección y documento nacional de identificación de los usuarios de internet en Brasil, sin necesidad de un proceso legal para acceder a estas informaciones. Además, el proyecto propone la creación de una lista de sitios que divulgan contenido inapropiado para niños y adolescentes, alimentada por proveedores que produzcan este tipo de contenido (el proyecto dispone multas en el caso de que el proveedor no notifique a la autoridad competente). Finalmente, el proyecto establece que se instale, en nuevas computadoras y teléfonos celulares, software para evitar el acceso de usuarios no registrados o menores de 18 años a los sitios que aparecen en la lista mencionada anteriormente.

## VIII. Lucha contra la desinformación

El creciente protagonismo de internet en el acceso a la información redujo el control de la producción y la circulación de noticias, actividades hasta entonces típicas de los medios de comunicación masivos tradicionales. El incremento de esas nuevas dinámicas de comunicación coincidió, en Brasil y en el mundo, con procesos de po-

<sup>23</sup> Cunha, Rogério, “Breves comentários às leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)” [“Breves comentarios de las leyes N° 13.769/18 (prisión domiciliar), N° 13.771/18 (femicidios) y N° 13.772/18 (registro no autorizado de desnudez o actos sexuales)”], Meu Site Jurídico, 20 de diciembre, 2018, disponible en: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/20/breves-comentarios-leis-13-76918-prisao-domiciliar-13-77118-feminicidio-e-13-77218-registro-nao-autorizado-de-nudez-ou-ato-sexual>, último acceso: 31 de octubre de 2020.



larización política y social. En la centralización de dichos factores se observó que surgieron disputas de casos en el ámbito público impulsados por la divulgación de noticias falsas o *fake news*, destinadas a cuestionar la verdad de hechos informados por los grandes medios de comunicación. Muchas veces, asociados a las noticias falsas, también surgieron nuevos instrumentos aptos para simular la autenticidad y la espontaneidad de usuarios en internet, como el uso de robots o de perfiles falsos en redes sociales. Tales herramientas hicieron factible amplificar la visibilidad y la popularidad de determinados temas o actores, generando una falsa impresión de que están siendo más discutidos o son más populares de lo que realmente son.<sup>24</sup>

La interferencia de operaciones de desinformación, especialmente en las elecciones de 2016 en los Estados Unidos, como también en el contexto del referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea (junio de 2016) y en las elecciones en otros países como Francia (mayo de 2017) y Alemania (septiembre de 2017), tornaron la lucha contra las *fake news* un asunto prioritario en el debate público brasileño. Teniendo en cuenta la proximidad de las elecciones presidenciales de 2018, este escenario contribuyó para la creación de un gran número de proyectos de ley sobre la desinformación, con legisladores brasileños que plantean diferentes formas para que intervenga el Estado en la circulación de informaciones en internet.

Es importante resaltar que la legislación brasileña ya cuenta con disposiciones que se pueden impulsar para evitar la divulgación de noticias falsas, como es el caso de las normas que permiten a la Justicia electoral eliminar rápidamente informaciones erróneas y material ofensivo con implicancias electorales, que responsabilizan individuos y personas jurídicas por tales ilícitos. Hay, incluso, un modelo penal en el Código Electoral (art. 323) que incrimina la difusión de “hechos claramente erróneos” vía propaganda electoral.<sup>25</sup> En la recopilación dirigida por la investigación, se identificaron más de veinte proyectos de ley sobre el tema, todos ellos presentados posteriormente al 2017. La mayor parte de dichos proyectos propone activar la Justicia penal para hacerle frente al problema de la desinformación. El PL Nº 9.554/2018, por ejemplo, regula incluir un artículo al Código Penal en el capítulo que trata sobre los delitos contra la fe pública, para tipificar la “divulgación de la noticia claramente falsa y que pueda modificar o desvirtuar la verdad en relación con la salud, seguridad pública, economía o proceso electoral o que afecten al interés público relevante”. El proyecto de ley dispone la pena de detención de uno a tres años y multa, y pasa a ser de reclusión de dos a cuatro años y multa si la divulgación fuera hecha en internet, redes sociales u otro medio que facilite la divulgación de la información. La propuesta prevé además el aumento de la pena de uno a dos tercios si la difusión fuese para obtener ventajas propias o para terceros.

También hay proyectos de ley como el Nº 9.532/2018 y el Nº 9.533/2018 que sugieren modificar otras leyes, como el Código Electoral, por ejemplo, para incriminar a la producción y la difusión de noticias falsas en redes sociales y aplicaciones de mensajes instantáneos como WhatsApp. El conjunto de propuestas legislativas identificadas refleja una tendencia bastante típica del Poder Legislativo en Brasil para problemas que involucran internet o las redes sociales: la de incriminar conductas en línea. En un sentido general, las conductas tipificadas en esos proyectos de ley son muy amplias, sin haber definiciones de lo que se debe entender como “noticia falsa”. Dicha

<sup>24</sup> Brito Cruz, Francisco (coord.), Massaro, Heloisa, Oliva, Thiago y Borges, Ester, *Internet e eleições no Brasil: diagnósticos e recomendações [Internet y elecciones en Brasil: análisis y recomendaciones]*, San Pablo, InternetLab, 2019, p. 5.

<sup>25</sup> Es importante destacar, sin embargo, que “la interpretación de este modelo penal ha sido limitada por dos motivos. En primer lugar, por el hecho de que esta difusión, para ser ilícita, debe suceder realmente en la propaganda electoral. No es el caso de un contenido con la apariencia de una noticia difundida por un blog o sitio web, por ejemplo. En segundo lugar, la interpretación sobre lo que es un ‘hecho claramente erróneo’ no abarca cualquier información no chequeada. Es necesario que sea una información que es evidentemente mentirosa, lo que torna difícil encuadrar en este modelo penal las consecuencias que solamente a partir de una verificación más detallada podrán ser descubiertas”. Brito Cruz, Francisco *et al.*, *Direito eleitoral na era digital [Derecho electoral en la era digital]*, Belo Horizonte, Casa do Direito, 2018, p. 135.

amplitud, especialmente problemática cuando se requiere aplicar en modelos penales, genera grandes riesgos a la libertad de expresión, ya que muchos contenidos de interés público podrían caer bajo la definición de la ley aprobada en esos términos.<sup>26</sup>

Hay, además, proyectos de ley que intentan resolver la problemática de las noticias falsas en el ámbito civil. Es el caso, por ejemplo, del PL N° 9.647/2018, que plantea modificar la ley N° 12.965/2014 (Marco Civil de Internet) para establecer un nuevo régimen de responsabilidades de proveedores. En resumen, el proyecto de ley determina que los proveedores de contenidos y de conexión a internet sean responsables por daños provenientes de contenidos generados por terceros, incluso por medio de noticias falsas.<sup>27</sup> También el PL N° 9.931/2018, entre sus diferentes propuestas, sugiere algo similar a través de eximir la necesidad de una orden judicial para remover cualquier contenido que infrinja la ley penal, aun aquellos que sean difamatorios, calumniosos o injuriosos. Ambos proyectos de ley, así como otros semejantes, incentivan monitorear y controlar el contenido previo generado por usuarios con serios riesgos contra la privacidad y la libertad de expresión en internet.

Esos proyectos de ley surgen y son discutidos en un contexto en el cual el sistema político brasileño se encuentra dentro de una grave crisis. Dicho escenario torna el terreno fructífero para propuestas legislativas destinadas a regular el discurso en internet, haciendo que el miedo a las *fake news* pueda convertirse en un verdugo de la libre expresión. Ese movimiento adquirió aún mayor fuerza en medio de las discusiones sobre el impacto de la divulgación de noticias falsas durante las elecciones presidenciales de 2018 que culminó, incluso, con la instalación de una comisión parlamentaria de investigación sobre el tema. La llamada “CPI de las fake news” está destinada a investigar el uso de perfiles falsos para influenciar los resultados de las elecciones de 2018. Por lo tanto, aunque no tengamos hasta el momento un proyecto de ley sobre el tema en vías de aprobación, el objetivo principal debe continuar siendo discutido ampliamente por el Poder Legislativo en los próximos años.

## 1. El PL N° 2.630/2020<sup>28</sup>

El 30 de junio de 2020, el Senado brasileño aprobó el PL N° 2.630/2020, la Ley Brasileña de Libertad, Responsabilidad y Transparencia en Internet, que tiene como propósito combatir la desinformación en línea a través de la regulación de plataformas digitales. El proyecto de ley aún debe ser votado en la Cámara de Diputados (donde se espera que se someta a una serie de cambios) y sancionado por el presidente. Los avances legislativos contra la desinformación tomaron impulso con una controvertida investigación, realizada por la Suprema Corte Constitucional sobre amenazas a la corte y sus ministros y sobre la organización de manifestaciones antidemocráticas. Con la narrativa de que varias instituciones importantes para la democracia brasileña están siendo atacadas y que “hay que hacer algo”, la aprobación de leyes para lidiar con la desinformación y regular las plataformas digitales se ha

<sup>26</sup> En ese sentido, relatores internacionales para la libertad de expresión aclararon que “las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidos ‘noticias falsas’ (*fake news*) o ‘información no objetiva’, son incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión (...) y deberían ser derogadas”. OEA, Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda, *op. cit.*, 2017.

<sup>27</sup> Lo que va en contra de los parámetros internacionales: “Los intermediarios no deberían ser legalmente responsables en ningún caso por contenidos de terceros relacionados con esos servicios, a menos que intervengan específicamente en esos contenidos o se nieguen a acatar una orden dictada en consonancia con garantías de debido proceso por un órgano de supervisión independiente, imparcial y autorizado (como un tribunal) que ordene a remover tal contenido, y tengan suficiente capacidad técnica para hacerlo”. *Ibid.*

<sup>28</sup> A pesar de estar fuera del marco temporal propuesto en la metodología de este estudio, el PL N° 2.630/2020 fue incluido en el trabajo por su gran relevancia y potencial de impacto en la libertad de expresión de los usuarios en internet. La sección fue basada en la versión del proyecto de ley aprobada por el Senado el 30 de junio de 2020.

convertido en objeto de una gran presión política de diferentes lados de la oposición al gobierno de Jair Bolsonaro.

El proyecto de ley establece la obligación para los proveedores de aplicaciones de mensajería privada de almacenar, durante tres meses, todos los datos necesarios para identificar al autor de contenido compartido entre usuarios siempre que el mismo mensaje sea “reenviado en masa” –enviado por más de cinco usuarios para grupos y listas de difusión, en un intervalo de quince días y siempre que llegue a más de mil usuarios–. Esta medida pone, en la práctica, bajo sospecha a cualquier contenido viral, lo que representa un riesgo para los usuarios que reenvían contenido por diferentes motivos. También existe el riesgo de que movimientos sociales y activistas acaben siendo afectados por tales medidas cuando haya decisiones judiciales que soliciten datos asociados a sus mensajes, ya que el proyecto de ley no limita las solicitudes de datos a casos de evidente intención de fraude o desinformación. Finalmente, la redacción actual del proyecto de ley se puede interpretar como un requerimiento a las aplicaciones de mensajería que retengan los datos de todas las conversaciones, ya que cualquier mensaje puede volverse viral después de ser enviado y reenviado.

Otro punto controvertido del proyecto de ley que plantea riesgos a la libertad de expresión de los usuarios son los requisitos, en el sentido de que las plataformas mejoren su capacidad de identificar a los usuarios al exigirles que presenten un documento de identidad válido cuando hay reportes de comportamiento ilícito –un requisito muy general y abierto para generar la obligación de recopilar datos personales de los usuarios–. Estas disposiciones y el requisito de conclusión de un contrato válido con un proveedor de conexión para acceder a algunos servicios de mensajería pueden crear barreras para acceder a internet.

El proyecto de ley tiene previsiones que también impactan en la actividad de moderación de contenidos que desarrollan las plataformas de internet. Con la intención de proteger la libertad de expresión de los usuarios, el proyecto de ley introduce la obligación para las plataformas de notificar a los usuarios cuando su contenido se vea afectado por la moderación, con la aclaración de los motivos y la posibilidad de apelar. Sin embargo, la redacción adoptada puede causar confusión: existen algunas excepciones a estas obligaciones y un amplio “derecho de respuesta” que las plataformas deben garantizar en algunos casos. Aún sobre moderación, el proyecto de ley exige la publicación de informes de transparencia con varias métricas, como número de contenidos impactados por la actividad, de perfiles suspendidos o eliminados y de quejas de usuarios, entre otras.

Un aspecto interesante del proyecto de ley es que propone combatir el comportamiento abusivo o no auténtico sin intentar controlar los contenidos. Como resultado de la constante oposición de la sociedad civil a disposiciones de versiones anteriores del proyecto que podrían dar lugar a filtros de contenido, estas disposiciones fueron excluidas de la versión aprobada, lo que dio paso a reglas dedicadas a combatir comportamientos abusivos e inauténticos, como el uso malicioso de bots y envío masivo de mensajes. Se trata de un cambio positivo, sobre todo porque se ha descartado la criminalización del usuario y las órdenes generales de filtrado de contenidos.

Finalmente, también cabe destacar que el proyecto de ley introduce obligaciones para los organismos y las autoridades públicas, ya que define las reglas para el uso de redes sociales y para la contratación de servicios de marketing en internet. El proyecto de ley establece que las cuentas en redes sociales controladas por funcionarios públicos y entidades públicas son consideradas cuentas de interés público y, por lo tanto, tienen prohibido el bloqueo o la restricción de acceso por otras cuentas a sus publicaciones y contenidos. Además, el proyecto de ley requiere que las entidades públicas divulguen datos sobre los servicios de marketing y publicaciones dirigidas contratadas en internet y que tengan consideraciones éticas y legales en relación con los sitios que financian a través de publicidad pública.

## IX. Protección a la privacidad y datos personales

La Ley General de Protección de Datos Personales (ley Nº 13.709/2018 –LGPD–), finalmente aprobada en 2018, constituyó el marco legal para el régimen de protección de datos personales en Brasil que hasta entonces no disponía de una norma general. La legislación entró en vigencia en septiembre de 2020. En las palabras de Nathalie Frago y Heloisa Massaro, la autodeterminación informativa y la privacidad, que están entre los principios de la LGPD:

Preservan los límites que evitan que informaciones sensibles de un contexto se transporten para otros contextos. Son, además, derechos esenciales para el libre desarrollo y la autodeterminación del individuo y, consecuentemente, para construir una sociedad libre y democrática. No es de extrañar que la vigilancia y el almacenamiento de datos (...) sean efectivamente movilizados para disuadir la participación democrática.<sup>29</sup>

El régimen de protección de la LGPD puede reducir la disponibilidad y la circulación de contenidos encuadrados en la categoría de “datos personales”. Esto, teniendo en cuenta la garantía de los titulares de datos para optar derecho de exigir en cualquier momento y mediante solicitud la eliminación de datos innecesarios o excesivos. Los titulares de datos pueden, incluso, solicitar la eliminación de datos tratados originalmente con su consentimiento (art. 18). En dicho caso, todos los datos recolectados deberán ser borrados, salvo si hubiere algún otro motivo para mantenerlos, como ser una eventual obligación legal de retención de datos. Los titulares de datos pueden, también, solicitar la corrección de datos incompletos, inexactos o desactualizados o aun si se opusiera al procesamiento de sus datos para alguna finalidad específica. Además, los datos personales deben eliminarse por el controlador luego de finalizar su procesamiento (art. 21).

Es importante resaltar que la LGPD representa un importante avance, incluso para la protección de la libertad de expresión y de prensa. Esto sucede porque consiste en una garantía esencial para evitar que los datos personales sean utilizados en un contexto de creciente importancia de internet, ya sea por actores públicos o privados, para silenciar a la oposición, castigar a la crítica o al periodismo independiente. La privacidad y la libertad de expresión y de asociación están íntimamente relacionadas en la era digital, al considerar que la protección de datos personales asegura a los usuarios de internet la posibilidad de expresarse libremente en línea y de organizar protestas.

### 1. Derecho al olvido

Aun antes de aprobarse la Ley General de Protección de Datos, observamos diversas iniciativas en el Poder Legislativo que buscan, de alguna forma, regular una especie de “derecho al olvido” en Brasil, inspiradas por el resultado del caso “Google España vs. AEPD y Mario Costeja González” en Europa. Se presentaron al Congreso diferentes proyectos de ley luego del tráfico de noticias polémicas que involucraban a legisladores, lo que contribuyó a que la perspectiva adoptada por las propuestas otorgase una mayor importancia para la protección del honor y de la imagen. En relación con esa tendencia, una investigación realizada por InternetLab señaló que los políticos son

<sup>29</sup> Frago, Nathalie y Massaro, Heloisa, “Cadastro base e amplo compartilhamento de dados pessoais: a que se destina?” [“Registro de archivo y amplia repartición de datos personales: ¿a qué se destina?”], InternetLab, 20 de diciembre, 2019, disponible en: <http://www.internetlab.org.br/pt/privacidade-e-vigilancia/cadastro-base-e-amplo-compartilhamento-de-dados-pessoais-a-que-se-destina>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

autores de aproximadamente un tercio de los procesos judiciales que llegaron a segunda instancia, en referencia a la libertad de expresión y humor en internet.<sup>30</sup> En dichos procesos, los políticos preocupados por preservar su imagen de cara a contenidos humorísticos demandan tanto indemnizaciones por daños morales como la remoción de esas bromas de la red. Por lo tanto, la preocupación de la clase política con derechos de la personalidad parece influenciar algunas de las propuestas pendientes.

El PL N° 10.860/2018, por ejemplo, plantea incluir un párrafo único al artículo 11 del Código Civil, y habla genéricamente de un “derecho al olvido” sin definirlo. Ya el PL N° 346/2019 propone modificar el Marco Civil de Internet para garantizar a los titulares de datos el “derecho a retirar la reproducción de contenidos públicos que incluya imágenes o datos [sobre sí], en los casos en que haya tráfico de información falsa o incorrecta”.

El PL N° 1.589/2015, pendiente de tratamiento hace tiempo, presenta una mayor rigidez para castigar la calumnia, la injuria y la difamación cometidas por medio de la disponibilidad de contenidos en internet o que causen la muerte de la víctima. En lo que respecta al “derecho al olvido”, el proyecto desea modificar el Marco Civil de Internet para permitir la no disponibilidad de contenidos que asocien el nombre o la imagen del individuo con el delito del cual haya sido absuelto, pasada en autoridad de cosa juzgada o por hecho calumnioso, difamatorio o injurioso. La propuesta parece buscar armonizar la eliminación del contenido de internet con otros institutos del mundo *offline* relacionados con la rehabilitación de personas que cometieron delitos, que cumplieron sus condenas o que tal vez hayan sido acusadas de un delito y que posteriormente fueron absueltas. El PL N° 1.589/2015 fue incorporado a la última modificación del PL N° 215/2015, que aguarda la votación del plenario. La versión más reciente del PL N° 215/2015, aprobada por la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía (CCJC) y sometida a la apreciación del plenario de la Cámara, propone agregar dos párrafos al artículo 19 del Marco Civil de Internet para posibilitar, mediante una orden judicial, remover el contenido relacionado al delito del cual la persona haya sido absuelta o relacionado a un hecho calumnioso, difamatorio o injurioso, y prevé la aplicación de una multa al proveedor de la aplicación de internet que no retire el contenido del aire.

InternetLab, conjuntamente con el Centro de Tecnología y la Sociedad de la FGV Derecho Rio (CTS-FGV) y el Grupo de Investigación de Políticas Públicas para el Acceso a la Información de la Universidad de San Pablo (GPoPAI-USP), presentó una enmienda técnica a esa versión del proyecto modificado, enviada a diputados de la CCJC en octubre de 2015. Con respecto al derecho al olvido, la enmienda técnica destaca que, de la forma como ese derecho está previsto en el texto, “todos y cada uno de los cuidados son obstinadamente ignorados en relación con la libertad de expresión y con el derecho a la información”.<sup>31</sup> El documento también llama la atención por la complejidad del tema que no puede ser simplificado en una única disposición de ley con criterios “claramente sesgados por una concepción individualista”.<sup>32</sup> Por último, la enmienda técnica destaca la necesidad de establecer una amplia discusión pública, con la contribución de diversos sectores de la sociedad, antes de aprobarse una ley sobre el tema.

<sup>30</sup> Dias Oliva, Antonialli y Wile dos Santos, *op. cit.*

<sup>31</sup> Bioni, Bruno Ricardo *et al.*, “Enmienda técnica de los investigadores del Centro de Tecnología y Sociedad de la FGV Derecho Rio (CTS-FGV), de InternetLab y del Grupo de Investigación de Políticas Públicas para el Acceso a la Información de la Universidad de São Paulo (GPoPAI-USP)”, FGV Direito Rio CTS, GPoPAI-USP, InternetLab, p. 18, disponible en: [http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Nota-t%C3%A9cnica\\_CTS-GPOPAL-ILAB.pdf](http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Nota-t%C3%A9cnica_CTS-GPOPAL-ILAB.pdf), último acceso: 31 de octubre de 2020.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p. 19.

## X. Régimen de responsabilidad de intermediarios

Conforme a lo mencionado en la introducción, la aprobación de la ley N° 12.965/2014, o Marco Civil de Internet, puso fin a lo que por muchos años fue una gran incertidumbre jurídica en Brasil: el régimen de responsabilidad de intermediarios. Definir ese régimen no resolvió solamente asuntos de responsabilidad civil, pero también trajo consecuencias directas para el ejercicio de derechos básicos, como los derechos a la libertad de expresión y al acceso de la información en Brasil. Sucede que el modelo del artículo 19, focalizado en la necesidad de la decisión judicial para responsabilizar a los proveedores de las aplicaciones, es cuestionado tanto por los legisladores como por las cortes brasileñas. La constitucionalidad de tal disposición se discute actualmente en el Recurso Extraordinario N° 1.037.396, interpuesto por Facebook Brasil ante la Suprema Corte Constitucional.<sup>33</sup> El portavoz del caso, el ministro José Antonio Dias Toffoli, reconoció su repercusión general, lo que abrió camino para que se modifique el modelo de responsabilidad adoptado por el legislador brasileño. El caso sigue pendiente de sentencia. En paralelo, surgen proyectos de ley que plantean normas incompatibles con el modelo introducido por el artículo 19.

En este sentido, el PL N° 6.449/2016 propone, por ejemplo, la creación de filtros por proveedores de conexión a internet, destinados a interrumpir “automáticamente en internet todos los contenidos de sexo virtual, prostitución y sitios pornográficos”. Una propuesta similar es adoptada por el PL N° 7.918/2017 que introduce, para los proveedores de aplicaciones, la obligación de restringir el acceso a contenidos pornográficos a menores de 18 años. También está el PL N° 5.191/2019 que tiene por objetivo modificar el Marco Civil de Internet para generar la obligación de implementar un “mecanismo de control de acceso” a ese tipo de contenidos.

Otro enfoque común de los legisladores es presentar nuevas excepciones al artículo 19 del Marco Civil de Internet, como es el caso de la difusión no consensuada de imágenes íntimas (art. 21), en el caso de que el proveedor de la aplicación fuere responsable de los contenidos publicados cuando fuese notificado por el usuario perjudicado y no actuara para eliminarlos. Ese es el caso, por ejemplo, de los proyectos de ley N° 9.647/2018 y N° 2.601/2019 destinados a obligar a los proveedores de las aplicaciones a remover “noticias falsas” mediante notificación extrajudicial. El PLS N° 323/2017, con formato similar, propone que los contenidos que inciten al odio también deban ser suprimidos mediante notificación extrajudicial, lo que representa una nueva excepción a la regla del artículo 19.

Aunque tengan buenas intenciones, en teoría, dichos proyectos agregan mayor presión económica sobre los proveedores de aplicaciones para que remuevan preventivamente los contenidos de carácter más abierto y subjetivo, como es el caso de las “noticias falsas” o el discurso de odio. Justamente por tratarse de conceptos en en-

<sup>33</sup> El caso involucra un perfil falso creado en Facebook. La parte autora de la acción, que alegaba haber sido perjudicada por la creación del perfil falso que usaba su nombre, solicitó su supresión, la entrega de datos para la identificación del responsable de su creación, además de una indemnización por daño moral. La decisión de primera instancia concedió las solicitudes de supresión del perfil y de entrega de datos para identificar a su creador, pero rechazó la solicitud de compensación, con base en el artículo 19 del MCI. Según la decisión, el dispositivo determina que los proveedores de aplicaciones solo serán responsables por contenido generado por terceros si no cumplen con una orden judicial que determine la eliminación de dicho contenido. Sin embargo, al analizar el recurso presentado por la parte autora, la Segunda Sala de Apelaciones Civiles del Colegio Recursal de Piracicaba modificó la sentencia para reconocer la responsabilidad civil de la plataforma en el caso, al alegar que la remoción del perfil falso solo después de la orden judicial específica significaría eximir a los proveedores de aplicaciones “de toda responsabilidad de indemnización”, en violación del Código de Protección al Consumidor. La plataforma interpuso un recurso extraordinario ante la Suprema Corte Constitucional, y la instó a pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 19 del MCI, disposición cuyo efecto fue descartado en la decisión de la Segunda Sala de Apelaciones Civiles del Colegio Recursal de Piracicaba. Dias Oliva, Thiago y Antonialli, Dennys, “Alteração do modelo de responsabilização dos intermediários de internet” [“Cambios en el modelo de responsabilidad de intermediarios de internet”], Jota, 14 de diciembre, 2018, disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alteracao-do-modelo-de-responsabilizacao-dos-intermediarios-de-internet-14122018>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

tornos más difíciles de ser delimitados, los proveedores de aplicaciones –dentro de un escenario en el que pueden ser responsables– estarán propensos a atender las demandas de las notificaciones extrajudiciales que soliciten eliminar los contenidos interpretados como “noticias falsas” o “discurso de odio”. En ese contexto, las notificaciones extrajudiciales abusivas pueden utilizarse como forma de vergüenza y censura, lo que perjudica la expresión del usuario y el acceso a la información de interés público en internet.

## XI. Conclusión

Aunque la libertad de expresión tenga un papel central en el orden constitucional brasileño posterior a 1988 y cuente con una serie de avances en las últimas décadas, la producción legislativa reciente en el país indica que este derecho fundamental de los brasileños sigue en riesgo. La mayoría de las leyes y de los proyectos de ley recolectados en la selección de alguna forma plantea limitar la libertad de expresión o el acceso a la información. Además, gran parte de los temas identificados como prioritarios en la agenda del Congreso nacional se discuten a partir de una perspectiva delictiva: casi la mitad de las leyes y de los proyectos de ley citados propone la incriminación del discurso –ese es el caso, por ejemplo, de diversas propuestas de la lucha contra el terrorismo, la desinformación, así como de la protección al honor y de la intimididad–. Por otro lado, son poquísimas las iniciativas con significado opuesto que sugieren eliminar los modelos penales perjudiciales para el ejercicio de la libertad de expresión: solamente una ley y un poco más del 10% de los proyectos de ley recolectados contienen disposiciones con este sentido.

Como ya se ha destacado a lo largo de este artículo, esta tendencia punitiva es incompatible con los estándares internacionales. Hay diferentes instrumentos que advierten a los Estados de los riesgos para el ejercicio de la libertad de expresión que puede tener la adopción de leyes penales para la regulación del discurso. La declaración conjunta de los Relatores internacionales para la libertad de expresión, por ejemplo, destaca que las leyes de difamación penal deben ser derogadas.

Esa inclinación puede tener serios impactos: i) en el derecho a la protesta social, lo que constituye, incluso, un motivo de gran preocupación de la sociedad civil cuando discute propuestas de lucha contra el terrorismo presentadas en el Congreso nacional; ii) en el acceso a la información, con una posible reducción de la actividad periodística “no-profesional” dentro del contexto de la lucha contra las noticias falsas; y iii) en el derecho a la crítica, con la excesiva protección de los derechos de la personalidad, como ser el honor y la imagen. En un entorno de fortalecimiento del aparato represivo del Estado brasileño, la restricción indebida a estos desdoblamientos del derecho a la libertad de expresión puede asfixiar el debate sobre cuestiones de interés público, que trae perjuicios aun mayores a la democracia brasileña.

La emergencia de temas relacionados con la expresión en línea y el impulso a la regulación del discurso en internet es también una tendencia clara observada en la presente recopilación: más del 60% de las leyes y de los proyectos de ley recolectados regulan contenidos que circulan en la web. Entre los temas que aparecen en estos proyectos, destacamos la lucha contra la desinformación, que adquirió grandes dimensiones en el Congreso brasileño el segundo semestre de 2020. En este punto, llamamos la atención para los riesgos que surgen de las propuestas de regulación que adoptan conceptos imprecisos y ambiguos de “noticias falsas” o “desinformación”, lo que es incompatible con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión. Además, un poco más del 10% de los proyectos proponen la regulación de intermediarios, lo que debe ser monitoreado a

largo plazo considerándose el gran potencial de impacto en la circulación de contenidos en internet, en el caso de que parte de dichos proyectos pudiera convertirse en ley en un futuro cercano.

## Bibliografía

Artigo 19, “5 anos de junho de 2013” [Artículo 19, “5 años de junio de 2013”], San Pablo, 2018, disponible en: <https://artigo19.org/5anosde2013/files/2019/04/5-Anos-de-2013.pdf>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

--- “Defesa da liberdade de expressão: teses jurídicas para a descriminalização do desacato” [“Defensa de la libertad de expresión: tesis jurídicas para la despenalización del desacato”], San Pablo, 2017, disponible en: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2017/04/Defesa-da-Liberdade-de-Express%c3%a3o-teses-jur%-c3%addicas-para-a-descriminaliza%c3%a7%c3%a3o-do-desacato-ARTIGO-19.pdf>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

Pereira Vieira dos Santos, Flávio Felipe y Pereira Ponzilacqua, Márcio Henrique, “Lei Antiterrorismo no Brasil e criminalização de movimentos sociais” [“Ley Antiterrorismo en Brasil e incriminación de movimientos sociales”], presentado en el Seminario de Investigación de Derecho (FDRP-USP), Ribeirão Preto, Brasil, 2017, disponible en: <https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/flavio-felipe.pdf>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

Quito, Carina, “A descriminalização do desacato” [“La despenalización del desacato”], *Dissenso*, 25 de mayo, 2017, disponible en: <http://dissenso.org/a-descriminalizacao-do-desacato>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

--- “Ainda sobre o desacato” [“Aún más sobre el desacato”], *Dissenso*, 25 de julio, 2017, disponible en: <https://dissenso.org/ainda-sobre-desacat>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

--- “Discursos de ódio e o dilema da liberdade de expressão” [“Discursos de odio y el dilema de la libertad de expresión”], *Dissenso*, 11 de septiembre, 2017, disponible en: <http://dissenso.org/discursos-de-odio-e-o-dilema-da-liberdade-de-expressao>, último acceso: 31 de octubre de 2020.

--- “Processo penal, honra e remoção cautelar de conteúdo na internet. Cala boca já morreu?” [“Proceso penal, honor y eliminación preventiva de contenidos en internet. Cierra la boca, ¿ya moriste?”], *Dissenso*, 3 de abril, 2017, disponible en: <http://dissenso.org/processo-penal-honra-e-remocao-cautelar-de-conteudo-da-internet-cala-a-boca-ja-morreu>, último acceso: 31 de octubre de 2020.