

# IJDL

## International Journal of DIGITAL LAW



# Derecho fundamental a la protección de datos personales para la población LGBTQA+ en Brasil: desafíos regulatorios para el futuro

*Fundamental right to personal data protection for the LGBTQA+ population in Brazil: regulatory challenges for the future*

**William Iván Gallo Aponte\* \*\***

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

[williamg.aponte@gmail.com](mailto:williamg.aponte@gmail.com)

<http://orcid.org/0000-0001-7157-6291>

**Recebido/Received:** 14.07.2022/July 14<sup>th</sup>, 2022

**Aprovado/Approved:** 16.08.2022/August 16<sup>th</sup>, 2022

---

**Resumen:** La garantía de protección de los datos personales de las personas LGBTQA+ en Brasil enfrenta varias inconsistencias y desafíos regulatorios. Entre otros, la falta de comprensión sobre el alcance del concepto de “vida sexual” que trae la LGPD. Existen también cuestiones sobre la inclusión del concepto de discriminación a la luz de la ley y la posibilidad de entender si los datos sensibles corresponden con un enunciado abierto o cerrado. A partir del reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos personales, bajo la teoría de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales, partiéndose de una metodología hipotético-deductiva, el presente artículo tiene por

---

Como citar este artículo/*How to cite this article:* APONTE, William Iván Gallo. Derecho fundamental a la protección de datos personales para la población LGBTQA+ en Brasil: desafíos regulatorios para el futuro. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 2, p. 81-102, maio/ago. 2022. DOI: 10.47975/IJDL.aponte.v.3.n.2.

\* Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Maestro en Derecho Económico y Desarrollo por la PUCPR. Candidato a Magister en Global Rule of Law and Constitutional Democracy por la Universidad de Génova (Italia). Abogado por la Universidad Externado de Colombia (UEXTERNADO). Investigador de la UEXTERNADO. Investigador activo del Núcleo de Investigaciones en Políticas Públicas y Desarrollo Humano (NUPED) de la PUCPR. Editor adjunto de la *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. E-mail: [williamg.aponte@gmail.com](mailto:williamg.aponte@gmail.com).

\*\* Esta investigación se desarrolló dentro del Proyecto de Investigación “*Building Consensus for a sustainable Future: Anticipatory Governance and Administrative Foresight*” (Por un consenso de futuro sostenible: Gobernanza anticipatoria y Prospectiva administrativa) PROFUTURE. Un Proyecto I+D Generación de Conocimiento (PID2020-116401GB-I00).

objetivo analizar la dogmática jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales sobre la perspectiva interseccional y de los derechos de la población LGBTQIA+. Se concluye que, es necesario fomentar una interpretación *in extenso* de los diferentes conceptos jurídicos sobre la protección de datos, consistente no apenas con las normas internas sino también comunitarias.

**Palabras clave:** LGBTQIA+. Derecho fundamental. Datos personales. Vida sexual. Interseccionalidad.

**Abstract:** The guarantee of protection of personal data of LGBTQIA+ people in Brazil faces several inconsistencies and regulatory challenges. Among others, the lack of understanding about the scope of the concept of “sex life” brought by the LGPD. There are also questions about the inclusion of the concept of discrimination considering the LGPD and the possibility of understanding whether sensitive data corresponds to an open or closed statement. Based on the recognition of a fundamental right to the protection of personal data, under the theory of the multifunctionality of fundamental rights, using a hypothetical-deductive methodology, this article aims to analyze the legal dogma of the fundamental right to the protection of personal data from an intersectional perspective and the rights of the LGBTQIA+ population. It is concluded that it is necessary to promote an extensive interpretation of the different legal concepts on data protection, consistent not only with domestic but also with community norms.

**Keywords:** LGBTQIA+. Fundamental right. Personal data. Sex life. Intersectionality.

**Sumario:** **1** Introducción – **2** Los datos personales de las personas LGBTQIA+ más allá del concepto de “vida sexual” – **3** La dogmática jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales sobre la óptica interseccional y de los derechos de la población LGBTQIA+ – **4** Consideraciones finales – Referencias

## 1 Introducción

La protección de los datos personales representa uno de los desafíos más discutidos en los últimos años. Cuando esa protección envuelve temas que tradicionalmente son debatidos o vulnerables, el desafío es aún mayor. Uno de los temas vulnerables corresponde con la debida y efectiva garantía de los derechos de la población LGBTQIA+. El reconocimiento paulatino de los derechos de estas personas en sede judicial y, algunas veces, quizá en menor medida, en sede legislativa, ha abierto caminos a repensar cómo la regulación de los fenómenos sociales no obedece a categorías estándares o ya establecidas. Es más, la multiplicidad de factores que acompañan la identidad y la privacidad de las personas, como cuestiones de raza, ideología, cuerpo, pobreza, identidad, estatus social, etc., resultan necesarios para discutir políticas y normas que brinden respuestas a los problemas que surjan alrededor de la identidad y la privacidad.

En este contexto se enmarca el presente estudio que tiene por objetivo analizar la dogmática jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales sobre la perspectiva interseccional y de los derechos de la población LGBTQIA+. Para atender a ese objetivo se utilizará una metodología hipotético-deductiva conjugada con una propuesta de la interseccionalidad como herramienta analítica. Asimismo, se parte de algunas premisas cuya justificación se desarrollará a lo largo de la presentación de las ideas.

En primer lugar, es notorio que la ausencia de una política adecuada de datos personales sobre la población LGBTQ+ va más allá de saber o reconocer si determinado ciudadano o ciudadana hace parte o no, si se identifica o no como LGBTQ+. En segundo lugar, la importancia de los datos personales de una población en específico, como la que aquí se estudia, reconoce la existencia de intersecciones de raza, clase, condición social y económica, nacionalidad, capacidad, edad, ideología y hasta el cuerpo etc., elementos que son fundamentales para entender no sólo las múltiples formas de identidad sino también de discriminación y cómo el derecho debe actuar para tratarlas, entenderlas y/o prevenirlas. En tercer lugar, la protección de datos personales y la privacidad dentro del ordenamiento jurídico brasileiro es un derecho fundamental. Finalmente, la interseccionalidad como herramienta analítica puede no ser una solución absoluta para entender y comprender una lectura inclusiva del régimen de protección de datos personales de las personas LGBTQ+. No obstante, es un camino inicial que puede brindar oportunidades y elementos a los operadores jurídico-administrativos.

Para desarrollar las ideas aquí propuestas, primero se analizan los datos personales de las personas LGBTQ+ más allá del concepto de “vida sexual”. Segundo, se proponen y desarrollan elementos sobre la dogmática jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales sobre una óptica interseccional. Finalmente se proponen algunas reflexiones finales sobre los desafíos enfrentados para la adecuada e inclusiva regulación de datos personales.

## 2 Los datos personales de las personas LGBTQ+ más allá del concepto de “vida sexual”

En mayo de 2018, en sede de la Organización de las Naciones Unidas, se firmó la Declaración de expertos en Derechos Humanos en el día internacional contra la homofobia, la transfobia y la bifobia. Entre las recomendaciones dadas por este grupo, además de adoptar las medidas necesarias para garantizar que la obligación de todos los Estados, de abordar la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, permanezca en la agenda 2030, se encuentra también la necesidad de establecer una política adecuada de tratamiento de datos, cuya recopilación, tratamiento y gestión esté en consonancia con las normas de derechos humanos. De acuerdo con el Informe, actualmente se presentan preocupantes lagunas en los datos disponibles para identificar las realidades vividas por la población LGBTQ+. Los datos son importantes para dar visibilidad y construir una base de evidencias de los diferentes abusos que sufre esta población en materia de derechos humanos. Asimismo, constituyen un camino

para dar respuesta a los desafíos, necesidades políticas y legislativas que enfrenta esta población.<sup>1</sup>

Por destacar algunos ejemplos que justifica esta necesidad, las tasas de pobreza, la falta de vivienda y la inseguridad alimentaria son más altas entre las personas LGBTIQ+.<sup>2</sup> Inclusive, tras la pandemia del Covid-19 esta población se tornó especialmente vulnerable. Las personas que viven con sistemas inmunitarios comprometidos por falta de un acceso claro y libre de preconcepción en los sistemas de salud, las personas sin una vivienda digna y todas aquellas que experimentan regularmente estigmas discriminación cuando buscan servicios públicos, son especialmente integrantes de esta población. En el más reciente informe de la Organización de las Naciones Unidas sobre los impactos de la pandemia en los derechos humanos de las personas LGBTIQ+, se evidenció que en diferentes países fue manifiesto el uso de directivas y normas para la gestión sanitaria como excusa para que la fuerza pública atacara personas de esta población.<sup>3</sup> De hecho, en países como Uganda se arrestaron al menos 20 integrantes de la población por supuesto riesgo de propagación del Covid-19. Las razones de su detención iban más allá de las propias infracciones a las medidas de bioseguridad.<sup>4</sup> Con relación al derecho al trabajo, las personas que se identifican o integran con la población LGBTIQ+ tienen más probabilidad de estar desempleadas y de vivir en pobreza generalizada. Muchos de ellos(as) trabajan en el sector informal y carecen de un acceso adecuado a los servicios públicos o seguros de empleo.<sup>5</sup>

De acuerdo con Katelyn Ringrose, los derechos de la población LGBTIQ+ están y siempre han estado vinculados con la privacidad. De hecho, han existido normas que invaden la privacidad para oprimir a las personas de esta población, criminalizándolas y estigmatizándolas. En Estados Unidos, por ejemplo, las leyes contra la sodomía se utilizaron para oprimir miembros de la población a través del encarcelamiento, la negación del empleo y la vergüenza pública. Fue apenas con *Lawrence v. Texas* en el 2003 cuando se determinó la inconstitucionalidad de las leyes en defensa de la vida privada. Además de estos casos, desde la década de 1950 el Gobierno Federal vigilaba sistemáticamente a personas LGBTIQ+, esto

<sup>1</sup> UN. *Report on data collection and management*. 14 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/ReportonData.aspx>.

<sup>2</sup> UN. *Statement by human rights experts on the International Day against Homophobia, Transphobia and Biphobia*. 13 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23092&LangID=E>.

<sup>3</sup> UN. *Covid-19 and the human rights of LBGTI people. Human Rights at the heart of response. Topics in focus*. 17 abril 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/LGBT/LGBTIpeople.pdf>.

<sup>4</sup> KIVUMBI, Kikonyogo. *Ugandan fear of Covid-19 leads to 23 arrests at LGBT shelter*. 30 de marzo de 2020. *Erasing 76 Crimes*. Disponible en: <https://76crimes.com/2020/03/30/ugandan-fear-of-covid-19-leads-to-23-arrests-at-lgbt-shelter/>.

<sup>5</sup> UN. *Covid-19 and the human rights of LBGTI people. Human Rights at the heart of response. Topics in focus*. 17 abril 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/LGBT/LGBTIpeople.pdf>.

se conoció como “*Lavender scare*”, un contexto de miedo y persecución a los homosexuales.<sup>6</sup> Este miedo se dio a partir de una orden ejecutiva que determinaba, como cuestión de seguridad nacional, que los empleados federales deberían ser investigados por “perversión sexual” y “enfermedad mental”. A través de esta orden se dejó sin empleo a más de diez mil funcionarios por su orientación sexual.<sup>7</sup>

Recientemente, con el caso *Bostock v. Clayton County, Georgia*<sup>8</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió un caso sobre despido de un empleado por su condición de homosexual y/o transgénero. De acuerdo con la Corte, este supuesto de hecho violaba la ley de derechos civiles y condenó a los involucrados.

Hacia la década de 1980, con la epidemia del VIH/SIDA, la homosexualidad fue vista en muchos países como una enfermedad, acompañada de un estigma. Este calificativo ha imposibilitado un tratamiento adecuado por temor a perder empleos o reconocimientos, una vez conocido el resultado de los exámenes. Es más, de acuerdo con Ringrose, se evidenciaron casos donde diferentes proveedores de atención médica se negaban a prestar el tratamiento a pacientes VIH positivo.<sup>9</sup> En Brasil, según un informe de la “*Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV-AIDS-RNP + BRASIL/GIV*”, para 2019, aproximadamente el 62% de los participantes de un estudio afirmaron haber vivido situaciones de discriminación y violencia, particularmente por ser portadores del virus.<sup>10</sup>

De acuerdo con Fernanda Tavares de Mello Abdalla y Lúcia Yasuko Izumi Nichiata,<sup>11</sup> la epidemia del VIH/SIDA en Brasil fortaleció inicialmente el preconceito contra hombres adultos homosexuales. Posteriormente, empezó a atender a personas con prácticas heterosexuales y mujeres. Sobre el particular, actualmente se encuentra aprobado por el plenario del Senado Federal, listo para su respectiva

<sup>6</sup> Para un mayor desarrollo de lo que sucedió en Estados Unidos, véase OUTHISTORY. *FBI and Homosexuality Chronology*. Disponible en: <https://outhistory.org/exhibits/show/fbi-history/1950-1959>.

<sup>7</sup> RINGROSE, Katelyn. A look back at the role to law and the right to privacy in LGBTQ+ history. *Future of privacy forum*. October 2020. Disponible en: <https://fpf.org/blog/a-look-back-at-the-role-of-law-and-the-right-to-privacy-in-lgbtq-history/>. Acceso el: 18 de octubre de 2021.

<sup>8</sup> USA. Supreme Court of United States. *Bostock vs. Clayton County, Georgia*. 15 de junho de 2020. Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618\\_hfci.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf). Acceso el: 18 de octubre de 2021. En este caso, Gerald Bostock, un hombre gay, comenzó a trabajar desde el 2013, para el condado de Clayton, Georgia en el área de coordinación de bienestar infantil. Hasta el 2013, Bostock siempre recibió evaluaciones positivas por su desempeño. No obstante, a partir de este mismo año, cuando comenzó a participar de una liga gay de softball, comenzó a recibir críticas por su orientación sexual, hasta llegando a ser despedido por conducta impropia.

<sup>9</sup> RINGROSE, Katelyn. A look back at the role to law and the right to privacy in LGBTQ+ history. *Future of privacy forum*. October 2020. Disponible en: <https://fpf.org/blog/a-look-back-at-the-role-of-law-and-the-right-to-privacy-in-lgbtq-history/>. Acceso el: 18 de octubre de 2021.

<sup>10</sup> RNP+BRASIL. *Brasil: violência e discriminação em pessoas vivendo com HIV/AIDS. A perspectiva dos membros da RNP+*. São Paulo, mayo de 2019. Disponible en: <http://giv.org.br/Arquivo/Relatorio-RNP-Brasil-Violencia-Discriminacao-Pessoas-HIV-Aids.pdf>.

<sup>11</sup> ABDALLA, Fernanda Tavares de Mello; NICHATA, Lúcia Yasuko Izumi. A Abertura da privacidade e o sigilo das informações sobre o HIV/Aids das mulheres atendidas pelo Programa Saúde da Família no município de São Paulo, Brasil. *Revista Saúde e Sociedade*, v. 17, n. 2, jun. 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902008000200014>.

sanción, el Proyecto de Ley nº 315 de 2021, por la que se hace obligatoria la preservación del sigilo sobre la condición de persona que vive con infección por virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y de las hepatitis crónicas (VHB y VHC) y de persona con leprosis y con tuberculosis, en los casos que se establezca; y altera la Ley nº 6.259, de 30 de octubre de 1975.<sup>12</sup>

Por destacar otro caso, de acuerdo con Renan Quinalha, en un periodo trascendental para la historia política brasilera, como lo fue la dictadura militar, el cuidado con la “moral y las buenas costumbres” asumió una faceta de proyecto de limpieza con un estatus de seguridad nacional. En lo que se refiere a la población LGBTIQ+, por mostrar algunos ejemplos, en 1976, Celso Curi fue procesado por violación a la moral y a las buenas costumbres, con ocasión de una columna de su autoría sobre los homosexuales, la cual lo llevó a partir su empleo en el diario para el cual trabajaba, inclusive, una vez absuelto por la justicia.<sup>13</sup> El hecho hablar o escribir sobre los homosexuales en periodo de represión era una práctica contra “la moral y las buenas costumbres”. Sin duda, un síntoma de falta de información y de datos sobre la población, que fue minado por el terror y el prejuicio.

De acuerdo con los ejemplos y casos anteriores, parece notorio que la ausencia de una política adecuada de datos sobre la población LGBTIQ+ va más allá de saber o reconocer si determinado ciudadano o ciudadana hace parte o no, si se identifica o no como LGBTIQ+. La importancia de los datos personales de una población en específico, como la que aquí se estudia, reconoce la existencia de intersecciones de raza, clase, condición social y económica, nacionalidad, capacidad, edad, ideología y hasta el cuerpo etc., lo que es fundamental para entender no sólo las múltiples formas de identidad sino también de discriminación y cómo el derecho debe actuar para tratarlas, entenderlas y/o prevenirlas.<sup>14</sup>

Sobre esa premisa, trazando los objetivos propuestos para el presente artículo, es necesario analizar cómo la regulación, particularmente en Brasil, ha entendido y dado tratamiento a los datos personales de la población LGBTIQ+. De acuerdo con el contenido normativo de la ley No. 13709 del 14 de agosto de 2018, más conocida como Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD), no existe

<sup>12</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 315, de 2021 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 380, de 2013). Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146366>.

<sup>13</sup> QUINALHA, Renan. Censura moral na ditadura brasileira: entre o direito e a política. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, 2020, p. 1727-1755. DOI: 10.1590/2179-8966/2019/44141.

<sup>14</sup> Sobre las interseccionalidades cf. HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 26, n. 1, jun. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702014000100005>. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/84979>; WINKER, Gabriele; DEGELE, Nina. Intersectionality as multi-level analysis: Dealing with social inequality. *European Journal of Women's Studies*, n. 18, v. 1, p. 51-66, 2011. DOI: 10.1177/1350506810386084; HILL COLLINS, Patricia; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Trad. Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.

referencia explícita a la población LGBTQIA+. Asimismo, tampoco hay referencia a la identidad de género o a la diversidad sexual. A pesar de que en el presente escrito no se pretende desarrollar el contenido y alcance de estos conceptos, es pertinente advertir que su remisión para efectos de este escrito se relaciona con la experiencia según la cual las personas se identifican. Frente a la ausencia de estas categorías, el término más próximo corresponde con la “vida sexual”. A su vez, de acuerdo con el art. 5 de la LGPD, la “vida sexual” es un dato personal sensible.

De acuerdo con lo que define la propia ley, la categoría de “dato personal sensible” no posee una definición más allá de enlistar las categorías que cubre (origen racial o étnico, convicción religiosa, opinión política, afiliación a sindicato u organización de carácter religiosa, filosófica o política, dato referente a la salud o a la vida sexual, dato genético o biométrico), siempre que esté vinculado a una persona natural. Esta presentación taxativa demuestra que el tratamiento de este tipo de datos está caracterizado por una cautela o cuidado mayor. Por una atención especial a los principios y derechos de los titulares, donde, cualquier afectación a su seguridad puede traer consecuencias más graves que con otro tipo de datos.<sup>15</sup>

Los datos personales sensibles son datos cuyo tratamiento puede dar lugar a la discriminación de su titular.<sup>16</sup> Por esta razón, son sujetos a una protección más rígida. En ese sentido, la Sección II de la ley, a partir del artículo 11, desarrolla las hipótesis para el tratamiento de datos personales sensibles. Concretamente, este tratamiento puede ocurrir cuando el titular o su responsable legal otorgue el respectivo consentimiento de forma específica y destacada para ciertas finalidades. O, por otro lado, sin el consentimiento del titular cuando el tratamiento tenga por finalidad el cumplimiento de una obligación legal o regulatoria por el controlador; un tratamiento compartido de datos necesario para la ejecución de políticas públicas, leyes y reglamentos por parte de la administración pública; la realización de estudios garantizando el anonimato; el ejercicio regular de los derechos, inclusive en contratos y procesos judiciales, administrativos y arbitrales, la protección de la vida o la integridad física del titular o de un tercero, la tutela de la salud, la garantía para la prevención de fraude y seguridad del titular en los procesos de identificación de los sistemas electrónicos, etc. Asimismo, más allá de las disposiciones relativas al tratamiento de los datos personales sensibles, la ley determina que el tratamiento de este tipo de datos se debe dar apenas en situaciones indispensables.

<sup>15</sup> FLEMING, Maria Cristina. LGPD: diferenças no tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. *Consultor Jurídico – Conjur*. Marzo de 2021. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/fleming-diferencas-tratamento-dados-pessoais-sensiveis>.

<sup>16</sup> BRASIL. Comitê Central de Governança de Dados. *Guia de boas práticas. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Abril de 2020. Disponible en: [https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/guia\\_lgpd\\_gov\\_2020.pdf](https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/guia_lgpd_gov_2020.pdf).

Por otro lado, al reconocer que dentro de los datos personales sensibles se encuentra la “vida sexual”, es necesario determinar el alcance de esta categoría para confirmar la hipótesis según la cual la protección de datos personales de la población LGBTIQ+ va más allá de esta categoría. Pues, a pesar de que tiene referencia explícita en la ley, esta no se define. De acuerdo con Fico, Sicuto y Meng,<sup>17</sup> se hace necesario realizar una interpretación *in extenso* de la categoría “vida sexual” para que se comprenda la orientación sexual y la identidad de género. Esta interpretación es consecuente con el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD) en donde se reconoce que los datos relativos a la vida sexual de una persona física o su orientación sexual tiene un tratamiento especial.<sup>18</sup>

El RGPD representó una fuerte inspiración para la LGPD. El legislador brasileiro adoptó un abordaje responsivo a dicho Reglamento.<sup>19</sup> Por esta razón, cualquier interpretación consecuencial dada en el contexto comunitario europeo nutre los debates en sede interna brasileira. Sobre esos términos, la Comisión Europea, en su análisis sobre las prácticas comparadas de tratamiento de datos personales, particularmente con relación a la población LGBTIQ+ destacó de forma preliminar que las personas que pertenecen a esta población tradicionalmente no han figurado en los sistemas de protección de datos personales. De hecho, destaca que la mayoría de los Estados miembros han optado por seguir la redacción literal de la Directiva incorporando la expresión “vida sexual” en las legislaciones internas.<sup>20</sup>

En países como Rumania y Suecia se ha determinado que los datos relativos a las personas transexuales e intersexuales podrían entrar en la categoría de “vida sexual”. En Italia, tras una sentencia del Tribunal de Casación, el cambio de sexo de un ciudadano se encaja dentro de la categoría de datos personales sensibles.<sup>21</sup> En general, las experiencias sobre el tratamiento de datos personales en los estados miembros de la Unión Europea se relacionan con las experiencias de discriminación, como es el caso de los Países Bajos, Eslovenia, Croacia y Estonia. Y, en algunos

<sup>17</sup> FICO, Bernardo; SICUTO, Guilherme; MENG, Henrique. Does Brazil's LGPD recognize gender identity, sexual orientation as sensitive personal data? *Iapp*. Marzo, 2021. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/does-brazils-lgpd-recognize-gender-identity-and-sexual-orientation-as-sensitive-personal-data/>.

<sup>18</sup> UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo y Consejo Europeo. *Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*. 27 abr. 2016. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/2016/119/L00001-00088.pdf>.

<sup>19</sup> Cf. IRAMINA, Aline. RGPD vs. LGPD: Adoção estratégica da abordagem responsiva na elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil e do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 91-117, octubre de 2020.

<sup>20</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in relation to LGBTI People*. By. Mark Bell. 2017. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1dcc2e44-4370-11ea-b81b-01aa75ed71a1/language-en>.

<sup>21</sup> ITALIA. Corte di Cassazione. *Sentencia del 13 de mayo de 2015 No. 9785*. Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/massimario/2015/06/11/comune-cambiamento-sesso-dati-diffusione-responsabilita>.

casos, con la recopilación general de datos interseccionales, en términos de esta comunidad, sobre las características de la población, se destacan los casos de Francia al investigar diferencias a nivel salarial, Irlanda sobre encuestas de salud mental y el Reino Unido con datos relacionados con las preferencias de vivienda y las experiencias de vida.<sup>22</sup>

Además de la norma comunitaria europea, en sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión “vida sexual” se ha interpretado *in extenso* para cobijar y/o reemplazar la “orientación sexual”.<sup>23</sup> Esta extensión se dio en los casos *Atala Riffo vs. Chile*,<sup>24</sup> *Flor Freire vs. Ecuador*,<sup>25</sup> y en la Opinión Consultiva 24 de 2015 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Sobre esta última Opinión se resaltó en el Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales que la palabra “datos” debería usarse en un sentido amplio con el objetivo de conferir mayor protección posible a los derechos de las personas afectadas o discriminadas por su orientación sexual, independientemente de la forma particular como se recopilan, almacenan o tratan. La Corte resaltó que los Estados deberán desplegar sus esfuerzos para que todas las personas interesadas en que se reconozca su identidad de género auto-percibida en los registros, así como en los documentos de identidad, eviten trámites burocráticos ante autoridades administrativas y judiciales.<sup>26</sup>

La amplitud del concepto de “vida sexual” y la concepción de los datos personales de las personas LGBTQ+ más allá de su “vida sexual” es un presupuesto necesario para defender la idea según la cual, la lista de datos sensibles de la LGPD no debe ser taxativa. Su lectura debe ser armoniosa con las demás normas y la jurisprudencia desarrollada por el Supremo Tribunal Federal sobre discriminación

<sup>22</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in relation to LGBTI People*. By Mark Bell. 2017. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1dcc2e44-4370-11ea-b81b-01aa75ed71a1/language-en>.

<sup>23</sup> FICO, Bernardo; SICUTO, Guilherme; MENG, Henrique. Does Brazil's LGPD recognize gender identity, sexual orientation as sensitive personal data? *Iapp*. Marzo, 2021. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/does-brazils-lgpd-recognize-gender-identity-and-sexual-orientation-as-sensitive-personal-data/>.

<sup>24</sup> CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas). Disponible en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf). “7. Por tanto, el proceso de tuiición giró, además de otras consideraciones, en torno a la **orientación sexual** de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso (*supra párrs. 41 y 56*)”.

<sup>25</sup> En este caso, cuando se interpreta la Constitución del Ecuador, que en su artículo 23 numeral 25 dispone sobre la garantía del derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su *vida sexual*. La Corte IDH. CORTE IDH. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Sentencia del 31 de agosto de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf).

<sup>26</sup> CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-24/2017 del 24 de noviembre de 2014 solicitada por la República de Costa Rica*. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf).

de identidad de género.<sup>27</sup> Cuando la LGPD se refiere a que dentro de los datos personales sensibles se encuentra cualquiera sobre origen racial, étnica, convicción religiosa, opinión política, etc., y, además, en su art. 6 (IX) establece que, las actividades de tratamiento de datos personales deben observar el principio de no discriminación, se entiende que el régimen de protección de datos personales para la población LGBTIQA+ también cubre las disposiciones sobre no discriminación. De acuerdo con Fico, Sicuto y Meng,<sup>28</sup> la discriminación por identidad de género se inscribe dentro del concepto de discriminación racial. A su vez, de acuerdo con el Supremo Tribunal Federal,<sup>29</sup> cuando se habla de discriminación por raza, la raza no es un asunto simplemente biológico. Deriva de su valoración antropológica y de sus aspectos sociológicos. En este sentido, la identidad de género se encaja dentro de la idea de raza y, en términos de regulación de datos, una información sensible y confidencial.

### 3 La dogmática jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales sobre la óptica interseccional y de los derechos de la población LGBTIQA+

En Brasil, la Constitución Federal de 1988 no consagró ningún derecho fundamental a la protección de datos personales de manera autónoma. No obstante, según la doctrina y la jurisprudencia, particularmente del Supremo Tribunal Federal, este derecho puede considerarse como positivado. De acuerdo con Ingo Wolfgang Sarlet, en un proceso de digitalización de los derechos fundamentales o de una dimensión digital de los derechos fundamentales, viene reconociéndose de forma gradual un derecho humano y fundamental a la protección de datos personales. Este reconocimiento obedece, entre otras cosas, a la facilidad de acceso a los datos personales, a la velocidad de su acceso, a la transmisión y el cruce de datos, acciones tales que, potencializan las posibilidades de afectación de los derechos a través del control de informaciones de la vida personal, social y privada.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Diversidade*. Jurisprudência do STF e Bibliografia Temática. Brasília, STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/diversidade.pdf>.

<sup>28</sup> FICO, Bernardo; SICUTO, Guilherme; MENG, Henrique. Does Brazil's LGPD recognize gender identity, sexual orientation as sensitive personal data? *Iapp*. Marzo, 2021. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/does-brazils-lgpd-recognize-gender-identity-and-sexual-orientation-as-sensitive-personal-data/>.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 82.424/RS*. Siegfried Elwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 19. mar. 2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO 26*. Relator. Min. Celso de Melo, j. 06 octubre de 2020.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 179-218, jul./dez. 2020.

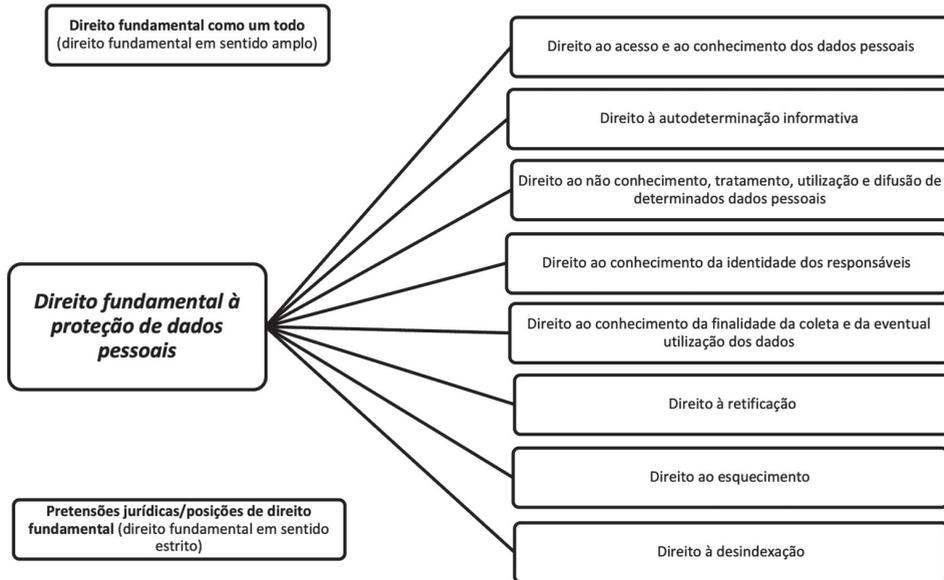
El reconocimiento de un derecho fundamental a la protección de datos personales en el ordenamiento jurídico brasileiro se da a partir de una lectura armónica y sistemática no sólo de la Constitución sino del ordenamiento jurídico. La relevancia de su reconocimiento requiere un diálogo con la legislación y la jurisprudencia sobre temas que se relacionan con la protección de datos. Particularmente, se destaca la Ley de Acceso a la Información (Ley nº 12527/2011), el Marco Civil de la Internet (Ley nº 12965/2014), su decreto reglamentario (Decreto nº 8771/2016). Y la ya citada LGPD (Ley nº 13709/2018).

De acuerdo con lo anterior la interpretación, comprensión y aplicación constitucionalmente adecuada del derecho fundamental a la protección de datos debe estar pautado por una perspectiva sistemática. Además, no puede prescindir del diálogo y la interacción con otros principios de derechos fundamentales que pueden ayudar a determinar el ámbito de protección, mediante el establecimiento de límites directos e indirectos.<sup>31</sup>

Con relación a su ámbito de protección y aplicación, la teoría de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales explica las complejidades que pueden darse alrededor del derecho a la protección de datos personales. El argumento de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales significa reconocer que los derechos, o mejor, el derecho fundamental a la protección de datos personales como un todo (derecho fundamental en sentido amplio) se compone de diferentes pretensiones jurídicas del mismo derecho fundamental (derecho fundamental en sentido estricto), y consecuentemente, presentan múltiples funciones. Véase a partir de lo siguiente:<sup>32</sup>

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, jul./dez. 2020, p. 186.

<sup>32</sup> Gráfico adaptado de una propuesta de: HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, sept./dez. 2019.



A su vez, cada una de esas posiciones de derecho fundamental revelan dimensiones de *defensa*, imponiéndose un deber de abstención por parte del Poder Público, y, de *prestación*, determinando una actividad estatal positiva. A su vez, esta prestación es de carácter *fáctico* (o material), para una actuación concreta, o de carácter *normativo*, para la creación de normas de protección y la creación de estructuras de organización o procedimientos que promuevan el derecho fundamental.<sup>33</sup>

Además de estas dimensiones, la pluralidad de posiciones jurídicas hace que los derechos fundamentales presenten una *dobles dimensión*. El derecho fundamental a la protección de datos posee una *dimensión subjetiva*, pues otorga al titular del derecho la prerrogativa de exigir su protección y, en caso de algún incumplimiento, acudir ante un juez para hacerlo valer. Asimismo, está compuesto por una *dimensión objetiva*, en la medida en que establece al Estado deberes objetivos generales de tutela de esos derechos, independientemente de su exigencia judicial. Esta dimensión promueve una tutela colectiva en favor de todos los ciudadanos, superando así una perspectiva individualista del derecho, superando el intento de limitar los derechos fundamentales a la noción de derechos subjetivos, que ignora que todos los derechos fundamentales se refieren a “categorías jurídicas propias”

<sup>33</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.

disponibles para integrar diferentes dimensiones de protección sin contradicciones lógicas entre las mismas.<sup>34</sup>

A partir de la estructura dogmática de los derechos fundamentales, y, antes de demostrar cómo el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales se manifiesta dentro de ese esquema o estructura, es importante presentar algunos elementos claves cuando se tratan categorías interseccionales para la protección de los derechos fundamentales. La categoría de la interseccionalidad, tal como se advirtió aquí preliminarmente, reconoce los entrecruzamientos y variables sociales como la raza, la case, la condición social y económica, la nacionalidad, capacidad, edad, ideología y hasta el cuerpo. Estas categorías son fundamentales para entender no sólo las múltiples formas de identidad sino también de discriminación. De esa manera, conociendo una estructura dogmática, y, valorando criterios de interseccionalidad, la garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales podría abordar elementos más inclusivos.

Una visión interseccional de la dogmática del derecho fundamental a la protección de datos personales, a partir de los derechos de la población LGBTQ+, parte del reconocimiento de la interseccionalidad como herramienta analítica. Esto es, como un instrumento para resolver problemas estructurales que enfrentan las personas, para lidiar con los problemas sociales, económicos y culturales.<sup>35</sup> La interseccionalidad analítica verifica las desventajas de clase e ideología y asume diferentes formas para entender un conjunto de problemas. En otras palabras, a partir de esta categoría se incluyen circunstancias críticas y problemáticas que se refieren directamente con la garantía inclusiva de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, sobre esta perspectiva analítica, no se puede entender y aplicar la protección de los derechos de la misma forma. Pues, mujeres, niñas, niñas, personas negras, con discapacidad, indígenas, migrantes, etc., pueden condicionar o

<sup>34</sup> SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 117-137, set./dez. 2020. Disponible en: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/19/25>; HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.

<sup>35</sup> En los países del norte global, la interseccionalidad como herramienta analítica fue desarrollada a partir de los años 60 y 70 del siglo pasado por parte de las activistas negras para luchar frente a necesidades relativas al trabajo, la educación, el empleo, el acceso a la salud. Fue una respuesta para afrontar los matices en las que una mujer negra, por ejemplo, enfrentaba la falta de empleo y de acceso a la educación. Ya en el sur global, particularmente en la India y recientemente en Brasil, el carácter analítico se centró en como las mujeres pertenecientes a las tribus Vasavas e comunidades musulmanas y como problemas relativos a la educación, la religión, inclusive, el hambre afectaba sistemáticamente estas mujeres. SARMA, Deepika. Six reasons every Indian feminist should remember Savitribai Phule. *India Resist*. 2017. Disponible en: <https://www.indiaresists.com/six-reasons-every-indian-feminist-remember-savitribai-phule/>. Acceso el 4 de julio de 2021. En Brasil se destaca el protagonismo del movimiento de mujeres negras brasileñas en respuestas a problemas como el racismo y la pobreza. CARNEIRO, Sueli. A batalha de Durban. *Estudos Feministas*. v. 10, n. 1, p. 209-2014, 2002. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/ref/a/m7m9gHtbZrM4VxnBTKMxS/?format=pdf&lang=pt>. Acceso el: 15 de julio de 2021.

inclusive invitar a reforzar la protección. Estas categorías circunstanciales representan razones principales para el diseño de políticas públicas encaminadas a la garantía de los derechos fundamentales y para la protección en sede judicial.<sup>36</sup> El carácter analítico de la interseccionalidad propone un abordaje multinivel que, desde el punto de vista epistemológico, considera aspectos estructurales e individuales de los géneros sociales, representaciones simbólicas y de construcción de identidad. En otras palabras, la interseccionalidad analítica de abordaje multinivel valora:<sup>37</sup> (a) la construcción de identidades para entender el sentido de pertenencia de los individuos, sus creencias y ancestros; (b) las representaciones simbólicas que permiten crear ficciones para entender y posicionarse en las mismas circunstancias de quienes son sujetos de desigualdad; y, (c) las estructuras sociales para describir las relaciones de poder, principalmente desde un punto de vista histórico.<sup>38</sup>

Sobre esos argumentos, intentar aplicar la interseccionalidad podría, como mínimo, reconocer cuatro puntos/pasos/elementos necesarios. La aplicación de estos pasos debe acompañar el entendimiento de la dogmática del derecho fundamental a la protección de datos personales, tanto en el diseño y proyección de las políticas públicas encaminadas a su garantía, así como para la resolución de diferentes problemas sobre su protección, que puedan surtirse en sede judicial.

En primer lugar, identificar las categorías iniciales para el análisis interseccional. Esta identificación debe ser rigurosa y apoyada de estudios técnicos y científicos. Además de las clásicas categorías de género, sexo, raza, orientación sexual, etc., es pertinente considerar criterios como el cuerpo, la discapacidad, *estatus* migratorio y hasta la pobreza.

En segundo lugar, una vez identificadas las categorías que permiten distinguir grupos poblacionales, es necesario constatar las razones por las cuales las políticas que se refieren al objeto del litigio favorecen o no satisfacen la debida de un grupo poblacional, tradicionalmente objeto de discriminación. Se trata entonces de analizar el impacto restrictivo y de retroceso de los derechos fundamentales tras el desarrollo de los efectos o postulados de las normas que atingen directamente las políticas públicas. En este punto, no se trata apenas identificar y proponer soluciones genéricas, sino que debe sumergirse en el diseño y la estructura normativa.

En tercer lugar, identificadas las categorías y los resultados sobre el impacto restrictivo o no, de retroceso y mantenimiento o no de los derechos fundamentales,

<sup>36</sup> HILL COLLINS, Patricia; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Trad. Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021. p. 35-38.

<sup>37</sup> WINKER, Gabriele; DEGELE, Nina. Intersectionality as multi-level analysis: Dealing with social inequality. *European Journal of Women's*, n. 18, v. 1, p. 51-66, 2011. DOI: 10.1177/1350506810386084, p. 54-60.

<sup>38</sup> SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 54, fev. 2004, p. 79-97. Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n54/a05v1954.pdf>; SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

es indispensable interpretar el derecho y las posibles consecuencias jurídicas como un subalterno y apartarse de ciertos principios abstractos.<sup>39</sup> Consiste entonces en aplicar el principio de igualdad a partir de experiencias de un miembro de un grupo minoritario para ofrecer una interpretación alternativa a las narrativas generales del discurso jurídico y de la protección de derechos.

En cuarto lugar, identificadas las categorías, los resultados de impacto e intentando interpretar el derecho como un subalterno, se espera que los operadores jurídicos enfrenten una concepción más sensible, plural y con resultados concretos sobre las variabilidades que presentan los problemas jurídicos que envuelven derechos fundamentales. En ese sentido, deben fungir como coadyuvantes para verificar si el contenido ofrecido por la Constitución y las normas son adecuadamente seguidas por los directamente implicados en la garantía y ejecución de las políticas públicas.

Tratándose de la aplicación la dogmática jurídica de los derechos fundamentales y los presupuestos sobre la herramienta analítica de la interseccionalidad para la debida garantía del derecho fundamental a la protección de datos de la población LGBTQ+, intentará aquí presentar algunos elementos para su desarrollo y para su aproximación.

Con relación a la multifuncionalidad, el derecho a la protección de datos personales, una de las pretensiones que componen el conjunto de posiciones jurídicas fundamentales se refiere a la dimensión prestacional del Estado. Como visto, esta dimensión puede ser normativa y/o fáctica. En ese sentido, la importancia de la dimensión de la prestación normativa, particularmente en Brasil, está en sus estadios iniciales con la LGPD y con la lectura armoniosa e integrada de la jurisprudencia y demás normas sobre privacidad y transparencia que integran el ordenamiento jurídico. Tal como lo resalta Eneida Desiree Salgado y Vitoria Hiromi Saito, a pesar de la LGPD, el debate sobre la protección de datos en Brasil todavía tiene un largo camino por recorrer, especialmente al considerar el grado de inseguridad jurídica que puede acompañar la ley.<sup>40</sup>

Dentro de esta dimensión prestacional se destaca una función de protección de privacidad y de los datos personales, destinadas a proteger el titular de los derechos contra intervenciones de terceros o particulares. En ese sentido, la LGPD estableció no sólo una base principiológica sino también determinó deberes que involucra al Estado y a los particulares para la protección de los datos. Esta extensión

<sup>39</sup> MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez. 2017.

<sup>40</sup> SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2020. Disponible en: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/19/25>; p. 123.

a los particulares permite replantear las esferas de exigibilidad de realización de los derechos fundamentales, permitiendo una eficacia horizontal de los mismos. Esto es, el hecho de que las normas de derechos incidan sobre relaciones privadas se da por cuenta de la fuerza del efecto de irradiación de las normas de derechos fundamentales sobre todo el ordenamiento jurídico.<sup>41</sup>

La dimensión de prestación normativa también impone al Estado el deber de establecer organizaciones y procedimientos orientados a la concretización del derecho fundamental a la protección de datos. En Brasil, la LGPD motivó la creación de la Autoridad Nacional de Datos (ANPD) cuya función debe estar encaminada a la reglamentación de dispositivos generales establecidas por la LGPD, así como, entre otras funciones, la publicación de orientaciones técnicas para que los agentes públicos y privados se adecuen a los presupuestos de la ley. A pesar de su estructura y creación, parece que no fue le fue atribuida el grado de independencia y autonomía necesaria para la debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios que tienen sus datos recolectados, una vez que fue creada como un órgano integrante de la Presidencia de la República y varios de sus miembros son nombrados por acto del Presidente.<sup>42</sup>

Una vez analizado el contenido de la prestación normativa (esferas de protección, de organización y procedimiento), el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales también posee una dimensión de prestación fáctica y de defensa. El Poder público debe garantizar materialmente las condiciones necesarias para que el derecho pueda ser disfrutado por sus titulares. En ese contexto, la LGPD consagró deberes generales que pueden ser traducidos en el ámbito de prestaciones fácticas (art. 18). Asimismo, determinó la configuración de responsabilidad, caso se presente un incumplimiento a estos deberes (art. 42). Estos deberes manifiestan la realización o consagración material de elementos encaminados a la protección y defensa de los derechos. Imponiendo deberes de acción o advirtiendo de omisiones necesarias para la adecuada garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales.<sup>43</sup> Adentrarse en el análisis de cada uno de estos deberes u

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 524; em SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2020. Disponible en: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/19/25>; p. 125.

<sup>42</sup> SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2020. Disponible en: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/19/25>; p. 125.

<sup>43</sup> SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2020. Disponible en: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/19/25>; p. 125.

obligaciones propios de la dimensión fáctica y de defensa del derecho fundamental sería un asunto que se aleja de la pretensión de este artículo. No obstante, su mención reitera su relevancia.

Ahora bien, una vez analizados, por lo menos preliminarmente, el contenido de cada una de las dimensiones del derecho fundamental a la protección de datos en el ordenamiento jurídico brasileiro, se intentará verificar el carácter interseccional analítico de su protección, particularmente en lo que se refiere a las personas LGBTQ+.

Sobre ese entendimiento, adoptando los elementos/pasos para proponer un análisis interseccional y analítico de garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales de las personas LGBTQ+, en primer lugar (o primer paso), la categoría inicial para el análisis correspondería no apenas con la orientación sexual. Véase como son múltiples las circunstancias que acompañan a las personas de esta población. De hecho, en el primer capítulo de este escrito se destacó la vulnerabilidad en términos de pobreza y exclusión de las personas LGBTQ+, y la emergencia que sobre estas reposa. Estos factores darían a entender, por ejemplo, que no es lo mismo pensar en la garantía de un derecho fundamental a la protección de datos para un hombre cisgénero blanco que una mujer negra trans de la periferia. La aplicación del régimen de protección de datos en Brasil de considerar las necesidades específicas de la población, no apenas trans, por ejemplo. La LGPD debe ser enfrentada como una oportunidad para promover la ciudadanía y la inclusión de la población LGBTQ+ y todas sus manifestaciones alrededor de esta población.<sup>44</sup>

En segundo lugar (segundo paso), deben constatare las razones por las cuales las políticas actuales que se refieren al objeto del litigio y/o protección favorecen o no satisfacen la debida de un grupo poblacional y por qué es necesario actuar. Sobre el particular vale decir que, grande parte de las leyes brasileiras sobre la protección a la población LGBTQ+, durante los años más recientes y con el avance de las políticas “en defensa de la familia tradicional” han obstaculizado la real ejecución o desarrollo de programas y proyectos para la protección de los derechos de esta población. Además de la extinción de instituciones y consejos para la promoción de los derechos LGBTQ+<sup>45</sup> es palpable como se ha consolidado un verdadero

<sup>44</sup> SCHEER, Augusta. Pessoas trans e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Migalhas*. 10 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354623/pessoas-trans-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd>.

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, el Decreto 9883 de 2019, sobre el “Conselho Nacional de Combate à Discriminação”, alteró la composición del “Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT)”.

retroceso con relación a los derechos sociales hasta ahora efectivados.<sup>46</sup> Frente a estos retrocesos aumenta el número de violaciones a los derechos humanos de la población LGBTIQ+ en Brasil. Además, con una ausencia de un discurso gubernamental promotor de políticas inclusivas, el desafío de la protección de datos y en general de los derechos de la población en estudio se torna aún más complejo.

Para tal efecto, se hace necesario que las autoridades regulatorias y aquellas encargadas de la ejecución de los postulados de la LGPD, inclusive privados, identifiquen con rigor, técnica y ciencia cada uno de los supuestos de hecho y de derecho que sean de su conocimiento, valorando las posibles afectaciones o desventajas que pueden generar para la población LGBTIQ+. Por destacar un ejemplo, se debe fortalecer el reconocimiento de la identidad de género para resguardar la propia personalidad de los seres humanos. El derecho otorgado a los titulares de datos, de corregir datos incompletos, no exactos o desactualizados, debe ser operacionalizado para asegurar el reconocimiento de identidad de género de personas trans, permitir alteraciones de registro civil. El mejor camino será la interpretación jurídica para la debida aplicación de la regulación de datos. El desafío es aún más palpable cuando no se cuenta con una autoridad regulatoria de protección de datos realmente independiente, cuya institucionalidad y estructura está sujeta a un poder ejecutivo, cuyas políticas de combate contra la discriminación de las personas LGBTIQ+ no ha sido muy evidente.

En tercer lugar (o tercer paso), identificadas las categorías y los posibles resultados sobre el impacto restrictivo o no, de retroceso y mantenimiento o no de los derechos fundamentales, es indispensable interpretar el derecho y las posibles consecuencias jurídicas como un subalterno y apartarse de ciertos principios abstractos. Este parece ser el mayor desafío, el cual puede encontrar una salida adecuada si se garantiza la independencia de las autoridades regulatorias de protección de datos personales. Como forma de aminorar ese desafío y las dificultades que enfrenta, la promoción de normas concretas que vinculen la posibilidad de enfatizar en los impactos de la población LGBTIQ+. No se trata apenas de una opción legislativa, pues, al final, todas las autoridades, incluso privados, se involucran en el régimen de protección de datos personales. En ese sentido, la promoción de recomendaciones, guías y directrices de manejo interno de tratamiento de datos, que reconozcan las interseccionalidades de las personas LGBTIQ+, resulta ser un paso fundamental y necesario.

Con esto (cuarto paso), se espera que todos los operadores jurídicos que están involucrados en el tratamiento de datos personales enfrenten una concepción

<sup>46</sup> DOTTA, Alexandre Godoy; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i53.9624>.

más sensible, plural y con resultados concretos sobre las variabilidades que se presentan en la garantía de los derechos fundamentales de las personas LGBTQ+. La motivación de actos, normas y reglamentos parece ser el escenario propicio para justificar la necesidad de verificar las interseccionalidades en la protección de los derechos de esta población.

#### 4 Consideraciones finales

La regulación inclusiva del régimen de protección de datos personales para las personas LGBTQ+ va más allá de que la LGPD determine la “vida sexual” como dato sensible. Proteger estos derechos se torna un desafío más amplio cuando es un hecho notorio que esta población se torna especialmente vulnerable por los crecientes ataques y la discriminación. La falta de políticas de protección y el retroceso frente a los estándares ya existentes, generan preocupaciones sobre cuál es el rumbo de los datos personales de poblaciones tradicionalmente vulnerables.

El mayor desafío parece ser interpretativo. Las diferentes disposiciones que integran la LGPD brasilera requieren un análisis armonioso y que integre no apenas los demás artículos de la ley, sino también un conjunto más amplio de normas y jurisprudencia que se ha consolidado sobre la privacidad, la transparencia de la discriminación, la no discriminación y la diversidad. Esa interpretación *in extenso* se aplica, por ejemplo, a la categoría de “vida sexual” como dato sensible. Su lectura requiere una comprensión no taxativa de lo que dispone la ley. Es más, su entendimiento debe atender a una visión más allá del ordenamiento jurídico interno, donde interactúe con el derecho comunitario y con el propio derecho extranjero sobre el cual se ha soportado o aparentemente trasplantado.

Este desafío se torna más complejo cuando se entiende que las personas LGBTQ+ no son simplemente una categoría estática, neutra y homogénea. Su comprensión debe reconocer categorías de raza, cuerpo, ideología, posición socioeconómica, etc., categorías tales que muestran las complejidades que enfrenta estas personas y que inciden fundamentalmente en la forma como se protegen los derechos. Sobre este entendimiento, la interseccionalidad como herramienta analítica podría brindar elementos de interpretación para operadores jurídico-administrativos entender las complejidades de un régimen inclusivo de protección de datos personales.

Este régimen inclusivo comprende no sólo el reconocimiento de categorías interseccionales. La garantía de la independencia y autonomía de las autoridades regulatorias de protección de datos en Brasil, particularmente la ANPD, representa un elemento central para evitar la intromisión de ideologías no consistentes con un orden jurídico plural. La valoración de los retrocesos en derechos alerta de forma significativa cuáles deben ser los pasos futuros para una regulación no

discriminatoria. Asimismo, es necesario reconocer que la expedición de la LGPD es reciente, su puesta en marcha aún más, y que los desafíos que se vienen pueden ser una oportunidad importante y necesaria para pensar que la ejecución de la LGPD por autoridades y particulares sea el punto de inflexión para una regulación inclusiva y no discriminatoria.

## Referencias

ABDALLA, Fernanda Tavares de Mello; NICHATA, Lúcia Yasuko Izumi. A Abertura da privacidade e o sigilo das informações sobre o HIV/Aids das mulheres atendidas pelo Programa Saúde da Família no município de São Paulo, Brasil. *Revista Saúde e Sociedade*, v. 17, n. 2, jun. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 315, de 2021 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 380, de 2013). Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/146366>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Diversidade*. Jurisprudência do STF e Bibliografia Temática. Brasília, STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/diversidade.pdf>.

BRASIL. Comitê Central de Governança de Dados. *Guia de boas práticas. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Abril de 2020. Disponible en: [https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/guia\\_lgpd\\_gov\\_2020.pdf](https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/guia_lgpd_gov_2020.pdf).

CARNEIRO, Sueli. A batalha de Durban. *Estudos Feministas*. v. 10, n. 1, p. 209-2014, 2002. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/ref/a/m7m9gHtbZrMc4VxnBTKMXxS/?format=pdf&lang=pt>. Acceso el 15 de julio de 2021.

CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas). Disponible en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-24/2017 del 24 de noviembre de 2014 solicitada por la República de Costa Rica*. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf).

CORTE IDH. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. Sentencia del 31 de agosto de 2016 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas) Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf).

DOTTA, Alexandre Godoy; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez. 2017. ISSN 1982-9957 doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i53.9624>.

EUROPEAN COMMISSION. *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in relation to LGBTI People*. By. Mark Bell. 2017. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1dcc2e44-4370-11ea-b81b-01aa75ed71a1/language-en>.

FICO, Bernardo; SICUTO, Guilherme; MENG, Henrique. Does Brazil's LGPD recognize gender identity, sexual orientation as sensitive personal data? *Iapp*. Marzo, 2021. Disponible en: <https://iapp.org/news/a/does-brazils-lgpd-recognize-gender-identity-and-sexual-orientation-as-sensitive-personal-data/>.

- FLEMING, Maria Cristina. LGPD: diferenças no tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. *Consultor Jurídico – Conjur*. Marzo de 2021. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/fleming-diferencas-tratamento-dados-pessoais-sensiveis>.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.
- HILL COLLINS, Patricia; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Trad. Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.
- HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça: Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 26, n. 1, junho 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702014000100005>. Disponible en: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/84979>.
- IRAMINA, Aline. RGPD vs. LGPD: Adoção estratégica da abordagem responsiva na elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil e do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 91-117, octubre de 2020.
- ITALIA. Corte di Cassazione. *Sentencia del 13 de mayo de 2015 n. 9785*. Disponible en: <http://www.altalex.com/documents/massimario/2015/06/11/comune-cambiamento-sesso-dati-diffusione-responsabilita>.
- KIVUMBI, Kikonyogo. Ugandan fear of Covid-19 leads to 23 arrests at LGBT shelter. 30 de Marzo de 2020. *Erasing 76 Crimes*. Disponible en: <https://76crimes.com/2020/03/30/ugandan-fear-of-covid-19-leads-to-23-arrests-at-lgbt-shelter/>.
- MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez. 2017.
- OUTHISTORY. *FBI and Homosexuality Chronology*. Disponible en: <https://outhistory.org/exhibits/show/fbi-history/1950-1959>.
- QUINALHA, Renan. Censura moral na ditadura brasileira: entre o direito e a política. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, 2020, p. 1.727-1.755. DOI: 10.1590/2179-8966/2019/44141.
- RINGROSE, Katelyn. A look back at the role to law and the right to privacy in LGBTQ+ history. *Future of privacy forum*. October 2020. Disponible en: <https://fpf.org/blog/a-look-back-at-the-role-of-law-and-the-right-to-privacy-in-lgbtq-history/>. Acceso en: 18 de octubre de 2021
- RNP+BRASIL. *Brasil: violência e discriminação em pessoas vivendo com HIV/AIDS. A perspectiva dos membros da RNP+*. São Paulo, maio de 2019. Disponible en: <http://giv.org.br/Arquivo/Relatorio-RNP-Brasil-Violencia-Discriminacao-Pessoas-HIV-Aids.pdf>.
- SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 117-137, set./dez. 2020. Disponible en: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/19/25>.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 179-218, jul./dez. 2020.

SARMA, Deepika. Six reasons every Indian feminist should remember Savitribai Phule. *India Resist*. 2017. Disponible en: <https://www.indiaresists.com/six-reasons-every-indian-feminist-remember-savitribai-phule/>.

SCHEER, Augusta. Pessoas trans e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). *Migalhas*. 10 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354623/pessoas-trans-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-igpd>.

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 54, fevereiro de 2004, p. 79-97. Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n54/a05v1954.pdf>.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

UN. *Statement by human rights experts on the International Day against Homophobia, Transphobia and Biphobia*. 13 de maio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23092&LangID=E>.

UN. *Report on data collection and management*, 14 mayo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/ReportonData.aspx>.

UN. Covid-19 and the human rights of LGBTI people. *Human Rights at the heart of response. Topics in focus*. 17 abril 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/LGBT/LGBTIpeople.pdf>.

UNIÃO EUROPEA. Parlamento Europeo y Consejo Europeo. *Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*. 27 de abril de 2016. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

USA. Supreme Court of United States. *Bostock v. Clayton County, Georgia*. 15 de junho de 2020. Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618\\_hfci.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf). Acceso en: 18 de octubre de 2021.

WINKER, Gabriele; DEGELE, Nina. Intersectionality as multi-level analysis: Dealing with social inequality. *European Journal of Women's*, n. 18, v. 1, p. 51-66, 2011. DOI: 10.1177/1350506810386084.

---

Informação bibliográfica deste texto conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GALLO APONTE, William Iván. Derecho fundamental a la protección de datos personales para la población LGBTQA+ en Brasil: desafíos regulatorios para el futuro. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 3, n. 2, p. 81-102, maio/ago. 2022. DOI: 10.47975/IJDL.aponte.v.3.n.2.

---

