



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

**VIDA PRIVADA, REPUTACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN
EN UN ENTORNO DIGITAL: LOS INTERMEDIARIOS DESDE
EL MARCO NORMATIVO DE ESTADOS UNIDOS**

HIRAM A. MELÉNDEZ JUARBE

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.01>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Rev. derecho comun. nuevas tecnol. No. 17
enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7786

Vida privada, reputación y libertad de expresión en un entorno digital: los intermediarios desde el marco normativo de Estados Unidos

Resumen

En un contexto digitalmente interconectado, los balances entre la protección a la vida privada y la libertad de expresión quedan necesariamente condicionados por las acciones (o inacciones) de intermediarios que potencian nuestra conducta en línea. El escrito examina las maneras en que el derecho en Estados Unidos imperfectamente conjuga estos intereses, al delegar a actores privados el fundamental rol de establecer condiciones para la participación y deliberación democrática. Se exploran, además, posibles vías de reforma jurídica en ese país, en ánimo de iluminar la reflexión en otras jurisdicciones.

Palabras clave: libertad de expresión, intimidad, reputación, intermediarios.

Private life, reputation and freedom of speech in a digital environment: Intermediaries in the US legal system

Abstract

In a digitally networked environment, the balance between freedom of speech and the protection of private life and reputation is necessarily conditioned by the activities (or inactions) of intermediaries that make our online conduct possible. This article examines how United States law imperfectly combines these interests by delegating to private actors the fundamental role of establishing conditions for democratic participation and deliberation. It also examines possible legal reforms in that country hoping to illuminate the situation in other jurisdictions.

Keywords: freedom of speech, privacy intermediaries.

Vida privada, reputación y libertad de expresión en un entorno digital: los intermediarios desde el marco normativo de Estados Unidos*

HIRAM A. MELÉNDEZ JUARBE**

SUMARIO

Introducción – I. LAS TENSIONES EN EL CONTEXTO DIGITAL – II. ALGUNA JURISPRUDENCIA – III. LOS INTERMEDIARIOS EN EL CONTEXTO NO DIGITAL – A. *El estándar en casos de difamación en Estados Unidos* – B. *Los actores: la diferencia entre “publicar” y “distribuir”* – IV. EL TRATO LEGAL A LAS PLATAFORMAS DIGITALES: NI “PUBLICADORES” NI “DISTRIBUIDORES” – A. *La sección 230 de la Communications Decency Act* – 1. Contexto histórico – 2. El contenido e interpretación de la sección 230 – V. EL IMPACTO DE LA SECCIÓN 230 – VI. PROPUESTAS DE CAMBIO – VII. CONCLUSIÓN – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Meléndez Juarbe, H. A. (Junio, 2017). Vida privada, reputación y libertad de expresión en un entorno digital: los intermediarios desde el marco normativo de Estados Unidos. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (17). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.01>

** Catedrático, Escuela de Derecho Universidad de Puerto Rico. JSD, NYU 2013; LL.M., NYU 2008; LL.M., Harvard 2002. Correo: hiram.melendez@upr.edu

Agradezco la extraordinaria asistencia de Effie Acevedo Guasp, estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho, en la investigación para este escrito.

Introducción

Quiénes somos y quiénes queremos ser en sociedad no es inmutable. No hay una identidad fija que nos defina para toda la vida. No solamente evolucionamos con el tiempo, sino que —más importante aún— escogemos todos los días nuestra identidad ante otros, dependiendo del contexto y de los lazos que tengamos. Por eso, cuando reiteramos la importancia de “ser uno mismo”, en realidad nos referimos a la importancia de poder definir, de múltiples maneras, cómo queremos que otros nos conozcan, qué queremos que otros sepan, cómo nos vamos a definir según el contexto y las relaciones sociales. La información que cada persona proyecta y hace disponible a otros dependerá del contexto en que se dan sus interacciones sociales. De modo que, por ejemplo, decidimos qué tipo de información divulgar dependiendo de si se trata de un salón de clases, un consultorio médico, una taberna o una reunión familiar (Nissenbaum, 2009).

Modular el flujo de la información conforme a estas relaciones y contextos es una forma importante de definir la identidad o, más bien, nuestras identidades. Por eso, vivimos diversas realidades selectivas. Poder controlar esas realidades es parte de quiénes somos en sociedad y cuando no podemos escoger

libremente qué realidad queremos presentar o vivir, sufrimos. Esa angustia a veces ocurre cuando nos roban máscaras cuidadosamente seleccionadas y se nos fuerza una identidad pública que no queríamos presentar (Meléndez Juarbe, 2008).

El derecho tiene muchas formas de articular esto, a través de una colección de nociones todas relacionadas con la intimidad, la privacidad, la dignidad y la reputación. Así, por ejemplo, el derecho protege reclamos de individuos cuando *otros individuos o el gobierno interfieren con el flujo de información personal deseado por una persona*. A modo de ejemplo, en mi país (Puerto Rico) el derecho reconoce protecciones contra: (a) el uso de polígrafo en el empleo; (b) la apropiación de la imagen de una persona sin permiso; (c) la recopilación, divulgación y acceso a información personal; y (d) la grabación con cámaras de vigilancia en el lugar del empleo, entre otras.¹

También el derecho reconoce estos intereses de intimidad, reputación y dignidad cuando personas divulgan al público información falsa (lo que conocemos como difamación) o información que —aunque no sea falsa— un individuo no tiene el deseo de divulgar (cuando divulgarla produce un daño a su reputación en la comunidad y cuando no se trata de información de

1. *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.* (1986); *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno's Sub, Inc.* (2008); *López Tristani v. Maldonado Carrero* (2006); *Colón v. Romero Barceló* (1982); *Noriega v. Hernández Colón* (1988); *Noriega v. Hernández Colón* (1992); *Rodríguez v. Scotia Bank* (1982); *General Electric v. Concessionaries, Inc.* (1986); *Chévere v. Levis* (2000); *Rullán v. Fas Alzamora* (2006); *Pueblo v. Torres Albertorio* (1984); *López Vives v. Policía de Puerto Rico* (1987); *Vega Rodríguez v. Telefónica de Puerto Rico*, (2002); *El Vocero v. Puerto Rico* (1993); *Fulana de Tal y Sutana de Cual v. Demandado A* (1995); *Weber v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico* (2014).

interés público).² En estos casos, se roba al individuo la oportunidad de definirse como desea.

Claro está, aunque ese daño es reconocido por la ley, y se prohíbe por los tribunales, a la vez se balancea con valores sociales asociados a la libertad de expresión. Ello, pues, en muchos casos, proteger a quien divulga la información es justificable para garantizar unas condiciones mínimas de convivencia democrática.

El problema fundamental es que, si bien debemos adelantar intereses expresivos y democráticos, proteger los derechos de intimidad es también una forma de garantizar condiciones de convivencia social: sin estas normas, mediante las cuales respetamos algunas fronteras de lo que es conducta apropiada, difícilmente se puede hablar de una comunidad de ciudadanos basada en el respeto mutuo. Así, la vida en sociedad depende de estas normas de convivencia mediante las cuales las personas expresan un sentido de solidaridad, pero también dependen de una protección vigorosa a la libertad de expresión. Para que las normas por las cuales se rige la sociedad sean aceptadas como válidas y legítimas, como mínimo es necesario un sistema que permita reflexionar en voz alta sobre ellas y cuestionarlas. En

ocasiones, en honor a la libertad de expresión se desplazan estas normas de convivencia — como ocurre cuando el derecho permite que se divulgue información falsa sobre figuras *públicas*, o cuando el derecho tolera la llamada expresión de odio, como ocurrió en los casos estadounidenses de *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) y *RAV v. City of Saint Paul*, 505 U.S. 377 (1992), respectivamente—; pero, a veces, la libertad de expresión se ve condicionada y limitada por estas normas comunitarias, como cuando la ley rechaza que alguien negligentemente divulgue información falsa y ofensiva sobre una persona *privada*. Mejor dicho, el derecho constantemente negocia las relaciones entre estos principios comunitarios de convivencia y principios relacionados con la autonomía de los individuos de expresarse en el foro público (Post, 1995).

Cómo conjugar las tensiones que se producen cuando interactúan estos intereses en un entorno digital, está al centro de este trabajo. Para ello, ese escrito toma como base principalmente el escenario normativo estadounidense. Además, de manera subsidiaria, considera el marco jurídico puertorriqueño como un territorio políticamente subordinado en el que rige el derecho de Estados Unidos.³

2. *Meléndez Vega v. Vocero* (2013); Restatement of the Law, Second, Torts, 652(D): “One who gives publicity to a matter concerning the private life of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the matter publicized is of a kind that (a) would be highly offensive to a reasonable person, and (b) is not of legitimate concern to the public.”

3. Puerto Rico, formalmente conocido como Estado Libre Asociado de Puerto Rico, es lo que se conoce en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos como un *territorio no incorporado* de Estados Unidos. Bajo este estatus, el Congreso de Estados Unidos permitió que los puertorriqueños configuraran su propia Constitución (aprobada en 1952), leyes y sistema de justicia para asuntos locales. Al mismo tiempo, la legislación federal de Estados Unidos es aplicable a Puerto Rico y prima sobre el derecho local puertorriqueño (aunque Puerto Rico no tiene representación con voto en el Congreso). En fin, Puerto Rico no es un estado de los Estados Unidos, pero en algunos aspectos, al menos superficialmente, puede compararse a uno

I. LAS TENSIONES EN EL CONTEXTO DIGITAL

Este artículo tiene como propósito analizar el problema de la protección a la reputación y a la vida privada, y el rol que juegan las plataformas tecnológicas que sirven de intermediarias para facilitar la expresión de terceros. Una forma de acercarse al asunto es preguntando: ¿Debe ser responsable una plataforma digital por lo que expresan terceras personas (sus usuarios) a través de ella?

Puede parecer una pregunta caprichosa o una mera curiosidad, pero no lo es: todo lo que las personas expresan en el mundo digital está montado en una infraestructura que provee otra entidad. Lo que dicen los individuos en las redes sociales depende de instituciones como Facebook, Twitter y otras similares. Lo que una persona publica en un blog, muy probablemente depende de otra plataforma como Blogger u otra análoga. Lo que los lectores exponen en la sección de comentarios de los periódicos en línea (*online*), depende de que existe esa página de internet. Las fotos que se comparten en Instagram y los *podcasts* que se alojan en Soundcloud dependen de la existencia de esas plataformas. Y aun si una persona utiliza su propia plataforma, probablemente un servicio externo

aloja el contenido en sus servidores y, si ese no fuese el caso, el proveedor de servicios de internet (ISP, por sus siglas en inglés) es quien permite la comunicación y facilita que esa persona diga lo que quiere decir. En fin, la expresión en internet es siempre intermediada por otras instituciones: lo que en la literatura especializada se le conoce como *gatekeepers*, intermediarios o porteros (Meléndez Juarbe, 2012).

A su vez, estas plataformas dependen para su éxito de la expresión de otros. Por ejemplo, Yelp.com depende necesariamente de los comentarios que se colocan; Wikipedia depende de las contribuciones de terceros; Facebook depende de la actividad social de los usuarios; YouTube, de lo que otros colocan, etcétera. Así, la responsabilidad (o falta de ella) que puedan tener estas instituciones por la expresión de sus usuarios tiene un impacto marcado sobre la ecología expresiva contemporánea y —también— sobre los intereses individuales y colectivos en la defensa de la intimidad, reputación y dignidad.

Con estos ejemplos en mente, la pregunta inicial se cualifica un poco. ¿Tiene o debe tener una plataforma como Facebook algún deber o responsabilidad por lo que publiquen individuos sobre otras personas en ella? Vale aclarar que la pregunta no se dirige a si el que di-

en cuanto a la aplicabilidad del derecho federal y su interacción con el derecho local. En lo que a la protección de derechos constitucionales se refiere, los funcionarios y leyes locales deben regirse por los derechos constitucionales federales: por ejemplo, los funcionarios puertorriqueños se ven limitados por la garantía de la Primera Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, y su protección a la libertad de expresión. De otro lado, Puerto Rico puede, y a veces lo hace, reconocer derechos de mayor alcance según su carta de derechos local. Estos derechos locales mayores, no obstante, no pueden estar en conflicto con el derecho federal aplicable. Así, por ejemplo, la protección a la reputación y dignidad en Puerto Rico, aunque quiera ser vigorosa bajo la Constitución de Puerto Rico, no puede sobrepasar los potentes derechos de libertad de expresión que la Constitución de Estados Unidos reconoce al que se expresa. Para referencias sobre este tema, véase Álvarez González (1988).

famó es responsable frente al difamado, sino si Facebook —como *proveedor* de esa plataforma— debe ser responsable por algo. Es decir, la interrogante va dirigida a determinar el nivel de responsabilidad —si alguna— que tiene una plataforma digital que publica expresiones de terceros, en caso que esas expresiones causen daños a otras personas.

En algunos casos los intereses en juego (protección a la reputación y el interés en la libertad de expresión) quedan balanceados privadamente —sin intervención estatal—. Así, es conocido que Facebook constantemente retira contenido a petición de individuos cuando se trata de material ofensivo o degradante. Pero —al menos en Estados Unidos y, por ende, en Puerto Rico— lo hace porque quiere, no necesariamente porque tenga una obligación legal. Es decir, lo hace porque así lo dispuso en su documento de Términos y Condiciones (que, en el derecho estadounidense, es un contrato privado). Tal vez esa reglamentación privada es todo lo que hace falta y no es necesaria intervención estatal que atienda el problema de la responsabilidad. Después de todo, puede pensarse que el mercado se encarga de disciplinar a aquellas plataformas sin buenos entendidos comunitarios. Pero la realidad es que muchas se benefician de efectos de redes que mantienen a sus usuarios cautivos pues, para estos, hay grandes beneficios en interactuar con otros miembros de la red; y, por ende, estas son notoriamente difíciles de disciplinar por la competencia (Katz y Shapiro, 1994; Meléndez Juarbe, 2009). Además, no todas las plataformas existentes tienen un documento que dicte pautas de comportamiento

y, aun si lo hacen, tendríamos que determinar si trazan un buen balance entre la libertad de expresión y los derechos de reputación.

¿Quiere decir esto que debemos apuntar hacia un sistema que atribuya algún grado de responsabilidad a estos intermediarios? No necesariamente. No todas las plataformas tienen los recursos humanos y tecnológicos necesarios para atender reclamaciones individuales y supervisar el contenido (si es que estimáramos que eso es deseable).

Ante estas consideraciones, tal vez la mejor postura es la que exime de responsabilidad o le hace la vida más fácil a estas entidades. Después de todo, son indispensables para el sistema expresivo y deben ser protegidas para que faciliten la conducta expresiva con pocos obstáculos y distracciones. Además, tal vez existe el riesgo de que un sistema de responsabilidad (y el riesgo de sentencias costosas) induzca al intermediario a eliminar más contenido del legalmente apropiado, afectando innecesariamente el flujo de información socialmente deseable. Como veremos, el asunto es un poco más complicado. Por ello, antes de saltar a inmunizarles de responsabilidad vale considerar algunos ejemplos reales de personas que han sufrido daños por contenido publicado por terceros en estas plataformas digitales.

II. ALGUNA JURISPRUDENCIA

Consideremos algunos escenarios. En *Zeran v. AOL* (1997) se presentó la siguiente situación:

una persona no identificada publicó un mensaje en un tablón de anuncios (*bulletin board*) en America Online (AOL), anunciando la venta de unas camisetas, con frases ofensivas referentes a un ataque de bomba a un edificio federal de Oklahoma. Las camisetas tenían mensajes como los siguientes: “Forget the rescue, let the maggots take over - Oklahoma 1995”, y “Finally a day care center that keeps the kids quiet - Oklahoma 1995”. El mensaje en AOL decía que los interesados debían contactar a “Ken” y proveía el número telefónico de Kenneth Zeran. Zeran comenzó a recibir llamadas amenazantes e informó la situación a AOL, quien quitó el mensaje, pero al día siguiente apareció otro y así sucedió por varios días. Zeran demandó a AOL por difamación.

Seis años después, en *Carafano v. Metroplash.com Matchmaker.com* (2003), una persona creó un perfil falso de la actriz Christiane Carafano en Matchmaker.com, un servicio de encuentros personales; publicó su dirección residencial, su número de teléfono y su correo electrónico. La actriz comenzó a recibir llamadas, mensajes de voz, cartas y correos electrónicos con mensajes sexualmente explícitos y amenazas a ella y a su hijo. Carafano demandó a la plataforma Matchmaker.com.

Recientemente, en *Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC* (2014), una mujer demandó a la página de internet Thedirty.com. La demandante era una porrista de un equipo de *football* estadounidense y además maestra de escuela superior. En TheDirty.com usuarios anónimos publicaron varias entradas que

comentaban sobre su supuesta vida privada. Por ejemplo: “She’s been spotted around town lately with the infamous Shayne Graham. She has also slept with every other Bengal Football player. This girl is a teacher too!!”

En otro comentario se expresó:

Her ex Nate.. cheated on her with over 50 girls in 4 yrs.. in that time he tested positive for Chlamydia Infection and Gonorrhea so im sure [she] also has both.. whats worse is he brags about doing [her] in the gym football field... her class room at the school she teaches at DIXIE Heights.

Esta página, TheDirty.com, se caracteriza por incentivar a sus usuarios a publicar ese tipo de información privada de otras personas (en muchos casos, sobre la conducta sexual de mujeres, lo que presenta un profundo asunto de género). Además, los editores de The Dirty revisan las publicaciones para asegurarse que no haya desnudez, obscenidad, amenazas, violencia o insultos raciales (de haberlos, los remueven) y suelen añadir un comentario de una sola línea con alguna observación que ellos entienden es humorística o satírica. La maestra en cuestión demandó a la página de internet.

Por otro lado, *Doe v. MySpace* (2008) es un caso que no tiene que ver con difamación o privacidad, pero ilustra problemas similares. Una menor de 13 años abrió una cuenta en MySpace diciendo que tenía 18 años. Conoció a un hombre de 19 años y cuando se encontraron, este la agredió sexualmente. La menor y su

madre demandaron a MySpace alegando negligencia crasa por no tomar mayores precauciones para evitar que depredadores sexuales se comuniquen con menores en su página.

Además de estos, hay muchísimos casos similares. Y en todos los que fueron reseñados, las reclamaciones contra las plataformas fueron desestimadas. Los fundamentos no fueron que los demandantes no demostraron los elementos legales necesarios para responsabilizar a los intermediarios. En todos y cada uno de estos casos los tribunales rechazaron las reclamaciones tras llegar a la contundente conclusión de que este tipo de intermediario está absolutamente inmune de ser demandado. Es decir, no es que tienen derecho a ganar el caso en los méritos luego de un juicio, sino que tienen derecho a *no pisar un tribunal*. Antes de ponderar por qué este es el estado de derecho en Estados Unidos, vale considerar brevemente las siguientes interrogantes: ¿Cuál sería la situación para el equivalente funcional de estos intermediarios en el contexto no digital? ¿Sería igualmente inmune un periódico en papel o una estación de radio?

III. LOS INTERMEDIARIOS EN EL CONTEXTO NO DIGITAL

A. El estándar en casos de difamación en Estados Unidos

El estándar constitucional de difamación, por virtud de la Primera Enmienda, ha sido reiterado en varias ocasiones desde que fue adopta-

do por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la década de los 60. Cuando una *figura pública* reclama que ha sido difamada tiene que probar que lo dicho sobre ella es falso, que se publicó a sabiendas de que era falso o con grave menosprecio de si era falso o no (la llamada malicia real), y que dicha publicación le causó daños reales (*New York Times v. Sullivan*, 1964). El estándar de malicia real es importante en estos contextos: implica que en torno a la figura pública se pueden expresar falsedades, aun cuando quien las dice las manifieste negligentemente, es decir, sin practicar la debida diligencia para determinar su veracidad; lo que no puede hacer es publicarlas conociendo con certeza que eran falsas o con temeridad manifiesta. Ausente este tipo de “malicia real”, la figura pública solo tiene como remedio defenderse en el foro público al que seguramente puede llegar.

No obstante, cuando se trata de una *persona privada*, quien no tiene el mismo acceso a los medios de comunicación (ni reconocimiento público), el estándar es más flexible. Esta persona solo tiene que probar que quien publicó la información falsa fue negligente al hacerlo, por no emplear diligencias razonablemente esperadas según las circunstancias (*Gertz v. Welch*, 1974).

B. Los actores: la diferencia entre “publicar” y “distribuir”

Estas normas sobre difamación son bastante conocidas. Lo que es menos conocido es el

asunto sobre a quién el derecho estadounidense adjudica el acto de *publicación* de las expresiones potencialmente difamatorias. Es decir, para fines de la ley, *quién es el que está hablando*.

En términos generales el que “publica” es la persona que comunica las expresiones sobre otros.⁴ Por eso, el que difama a otro, digamos, en un anuncio en un periódico, puede ser responsable (si es que se cumplen los requisitos constitucionales). Es decir, el que escribió, preparó y pagó por el anuncio. Asimismo, el que “republica” o “repite” las expresiones difamatorias es igualmente responsable por estas.⁵ Por eso, el periódico que publica el anuncio también podría ser responsable como si hubiesen sido sus propias palabras (nuevamente, si las normas constitucionales de responsabilidad se cumplen). El caso fundamental de *New York Times v. Sullivan*, precisamente tenía que ver con la potencial responsabilidad del periódico por publicar un anuncio preparado por una organización política en torno a las autoridades policíacas de Montgomery, Alabama, en pleno apogeo del movimiento de derechos civiles en Estados Unidos en la década de los

años 60. Es decir, por repetir las palabras de otro. El periódico no fue encontrado responsable, de conformidad con la Primera Enmienda, pero lo importante del caso es que el periódico es, en esos casos, demandable. Es decir, no está inmune al juicio (como no lo está quien prepara el anuncio) aunque sea muy difícil encontrarle responsable si se trata de una figura pública. Lo mismo ocurre con las cartas del lector —aunque rara vez los tribunales imponen responsabilidad al periódico por su contenido—, esto no significa que esté inmune de ser llevado al tribunal (Franklin, 1986).⁶

La posición del periódico es diferente a, digamos, la del *distribuidor* o *vendedor* del periódico (por ejemplo, una librería o una cafetería). En esos casos, el derecho estadounidense limita muchísimo su potencial responsabilidad, pues el que entrega o transmite material difamatorio publicado por una tercera persona, solamente será responsable si *sabía o tenía razón para conocer que el material distribuido es difamatorio*.⁷

Como se puede ver, en el mundo no digital es determinante el nivel de control editorial y

4. Restatement of the Law, Second, Torts § 577 (“Publication of defamatory matter is its communication intentionally or by a negligent act to one other than the person defamed”).

5. Restatement of the Law, Second, Torts § 578 (“one who repeats or otherwise republishes defamatory matter is subject to liability as if he had originally published it”).

6. “To say that newspapers are winning virtually all letter-to-the-editor cases is not to say that the victories are painless. One of the problems increasingly perceived by viewers of the libel scene is that many newspaper publishers, especially the smaller ones, are at least as worried about being sued and having to defend a case as they are about losing the case. The data show that newspapers win well over 90% of the cases brought by public plaintiffs. But the suit itself often has the effect of interrupting the editorial process on a small paper because staff members are required to prepare for, and appear at, depositions.” (p. 657). Ver también, Smolla (1986).

7. Restatement of the Law, Second, Torts § 581 (“one who only delivers or transmits defamatory matter published by a third person is subject to liability if, but only if, he knows or has reason to know of its defamatory character.”)

compenetración que tenga la entidad con el contenido. Una entidad que publica su propio contenido o el de otro, se somete a las reglas convencionales de responsabilidad (aunque sean difíciles de probar). Por otro lado, una entidad que sea más bien un transmisor no interesado de ese contenido, es tratado por el derecho con menos rigurosidad. Este tratamiento refleja cierta simetría. Mientras más el derecho considera las palabras como propias de una persona, entidad o plataforma digital, más derechos de libertad de expresión se le reconocen, pero también se le exige más responsabilidad. Al periódico se le reconoce un poderoso derecho de libertad de expresión por lo que dice en sus editoriales, pero también por la *selección* del contenido que publica, aunque sea contenido escrito por otros (*Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 1974). Y es por eso que se le reconoce al periódico el derecho a controlar lo que publica; pero precisamente por tener ese control editorial, se le va a identificar con las palabras que publica y se le atribuye responsabilidad por ellas. De otro lado, el que (como la librería) solamente carga y distribuye el contenido de otro, no será responsable a menos que tenga conocimiento específico (o se le ponga en conocimiento) de lo que está haciendo (*Smith v. People of the State of California*, 1959). Si una librería tiene que preocuparse por todo el contenido que vende, su dueño cambiará de negocio y se dedicará a otra gestión menos arriesgada, por eso no se le impone un deber afirmativo de identificar material difamatorio. Para propósitos de ilustrar esto, cabe citar las palabras del juez asociado de la Corte Suprema de Estados

Unidos, Antonin Scalia, en una Opinión concurrente y disidente en *McConnell v. Fed. Election Comm'n* (2003):

An author may write a novel, but he will seldom publish and distribute it himself. A freelance reporter may write a story, but he will rarely edit, print, and deliver it to subscribers. To a government bent on suppressing speech, this mode of organization presents opportunities: Control any cog in the machine, and you can halt the whole apparatus. License printers, and it matters little whether authors are still free to write. Restrict the sale of books, and it matters little who prints them. Predictably, repressive regimes have exploited these principles by attacking all levels of the production and dissemination of ideas.

Sin embargo, la librería no es absolutamente inmune de responsabilidad; una vez conoce que el material que vende es difamatorio, lo hace a su propio riesgo.

IV. EL TRATO LEGAL A LAS PLATAFORMAS DIGITALES: NI “PUBLICADORES” NI “DISTRIBUIDORES”

A. La sección 230 de la *Communications Decency Act*

Volviendo al mundo digital, debemos preguntar: ¿Por qué la plataforma de internet en Estados Unidos no es tratada como el periódico, o

tan si quiera como el distribuidor del contenido (sujeto al menos a la posibilidad de responsabilidad una vez conoce del daño ocasionado)? ¿Qué justifica este trato dispar?

La razón se encuentra en una disposición legal, por muchos desconocida, pero fundamental para el entorno expresivo contemporáneo: la sección 230 de la Communications Decency Act de 1996.

1. Contexto histórico

Algo interesante ocurrió en 1996. Para esa época en Estados Unidos la gente comenzaba a utilizar masivamente la internet, a través de conexiones vía telefónica (*dial up*). La interacción en internet para usuarios convencionales ocurría a través de unos proveedores de servicio que ya no existen (o si existen, es en otra forma): compañías como CompuServe, America Online y Prodigy brindaban espacios de interacción curados y muy bien podados, en los que las personas podían tener encuentros en espacios virtuales de charla (*chat rooms*). Poco a poco el control de estos espacios empezó a ceder y se dio paso al acceso directo a la red mediante navegadores (*browsers*) como Netscape. A pesar de los grandes beneficios, fue una época de cierto pánico también. El mayor acceso a la información estaba acompañado, a su vez, de mayor acceso a la pornografía (gratis y accesible) y, con ello, las preocupaciones sociales que típicamente le acompañan. Esta realidad abrió paso a la aprobación de la Communications Decency Act de 1996.

En la década de los noventa, y antes de aprobarse la ley, algunos tribunales comenzaron a examinar la responsabilidad de servicios como CompuServe y Prodigy ante expresiones alegadamente difamatorias, manifestadas en espacios virtuales de charla y otros similares. En un caso de 1991, en que se demandó a CompuServe por lo que dijo una persona en uno de sus espacios, el tribunal le catalogó no como un “publicador” sino como un “distribuidor” de contenido, el cual, como se dijo, no es de ordinario responsable, pero podría serlo si conoce o debió conocer de la ilegalidad de este (*Cubby v. CompuServe*, 1991). Sin embargo, en *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.* (1995), la Corte Suprema de Nueva York resolvió que Prodigy era responsable como “publicadora” (no “distribuidora”) de todo el contenido en sus “bulletin boards”, porque mantenía control editorial de su servicio y, por lo tanto, era enteramente demandable.

Como se ve, en ambos casos los tribunales utilizaron las herramientas legales preexistentes, esto es, las aplicables convencionalmente a los periódicos y otros medios de comunicación tradicionales. Aunque CompuServe salió mejor en el procedimiento, es importante reconocer que su victoria es limitada, pues catalogarle como distribuidor no le exime absolutamente de responsabilidad, ya que la etiqueta de distribuidor implica que la plataforma puede aún ser responsable por lo que se publique si (como una librería) adquiere conocimiento del material difamatorio y aun así continúa distribuyéndolo.

Ante la imposibilidad de conocer de antemano si determinada expresión es cierta o falsa,

dado el volumen inmenso de usuarios y sus expresiones, y para evitar ser arrastrado al tribunal y tener que incurrir en los costos de un litigio, la reacción racional de los distribuidores —como CompuServe— tras recibir una notificación de una persona ofendida, era eliminar el material de inmediato, independientemente de si era difamatorio o no.

Puesto en otros términos, si en 1995 Persona “A” expresaba en CompuServe que “Persona “B” era un ladrón” y Persona “B” notificaba a CompuServe que ese comentario era difamatorio, CompuServe —como distribuidor— adquiriría conocimiento de ese hecho en ese momento y se veía forzado a remover el comentario. Si no lo removía de inmediato se exponía a que Persona “B” le demandara (si prevalece o no es otra cosa). La realidad era que CompuServe no tenía forma de saber si Persona “B” era un ladrón o no. Si no lo era, hizo bien en remover el comentario; pero si en efecto era un ladrón, es decir, si el comentario era cierto, las palabras de Persona “A” se quedaron en el aire y se debilitó el entorno expresivo.

Este es uno de los asuntos más importantes para la libertad de expresión hoy día. No solamente ocurre en estos casos, sino, además, con una incidencia preocupante en el contexto de los derechos de autor (*copyright*) en línea. En el caso de los derechos de autor, muchas plataformas sienten gran aprensión cuando reciben una carta de cese y desista, y remueven el contenido sin mayor contemplación, independientemente de si la misiva es del dueño de la obra, o de si el uso en cuestión constitu-

ye un uso legítimo (*fair use*) de esta (Meléndez Juarbe, 2015).

Es en este contexto que se aprueba la Communications Decency Act, una ley que intentó atender el problema de la censura colateral a través de la sección 230, además de controlar el material sexualmente explícito en internet. Por contravenir la Primera Enmienda, las disposiciones sobre pornografía fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Reno v. ACLU* (1997); sin embargo, la sección 230 quedó intacta tras el ataque. Debido a que esta ley intentó controlar la expresión sexualmente explícita en la red, John Perry Barlow escribió su famosa Declaración de independencia del ciberespacio, que comenzó con la lapidaria frase:

Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather. (Barlow, 1996).

El rechazo de Barlow a la presencia gubernamental en el ciberespacio es reflejo del ánimo ciberlibertario de la época. La internet se veía como un espacio único, especial, inalcanzable por los gobiernos (Penney, 2009). Desde esta óptica, la vida del ser humano se segregaba en una presencia virtual y otra “real”. La idea era que lo que ocurría en el ciberespacio se quedaba en el ciberespacio y era intocable. Sabemos que la realidad no es así. La conducta en línea

se regula de arriba a abajo por el derecho (desde normas de responsabilidad por violación a los derechos de autor, hasta el tráfico de pornografía infantil y otras). Pero lo importante es entender el sentir del momento. La internet se veía como un espacio muy especial de prosperidad, libertad de expresión y libertad en general. Este ánimo liberal del auge de las empresas punto com *dot com* y la atracción de la retórica de libre competencia desregulada de los años noventa, generó lo que eventualmente se convirtió en la sección 230 dentro de esa ley sobre pornografía (Zittrain, 2006).

2. El contenido e interpretación de la sección 230

La sección 230 de la Communications Decency Act de 1996 establece cristalinamente: “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.” ((c) (1)). Por virtud de esta ley un proveedor de servicio de información en internet (ampliamente concebido) no tiene obligación de remover contenido que haya sido expresado por otra persona en su servicio. Tampoco tiene una obligación afirmativa de investigar si hay tal material. Esto, porque la ley establece que este proveedor de servicio de internet nunca podrá ser conside-

rado “publisher o speaker” de lo dicho por otro y, por tanto, no podrá ser demandado por expresión manifestada por usuarios de sus plataformas (por interpretación judicial en el caso de *Zeran v. AOL*, se ha resuelto que estos términos también incluyen distribuidores). Ello, independientemente de lo que ha sido la norma convencional de responsabilidad en el entorno no digital. La prohibición a demandar incluye acciones por publicar información falsa, difamatoria y amenazas personales, entre otras,⁸ (aunque excluye violación a derechos de autor y delitos federales).⁹

Además, la sección 230 provee inmunidad a la plataforma aun cuando ese intermediario promueva e incentive que se coloquen comentarios ofensivos y difamatorios. Según han expuesto varios tribunales en Estados Unidos, lo importante, para los fines de la ley, es que si el intermediario no es quien “desarrolla” el contenido específico (es decir, que “materialmente contribuya” al contenido ilegal), entonces no se le puede demandar (*Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com* (2008); *Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC* (2014); *J. S. v. Village Voice Media Holdings* (2015)). Es por eso, por ejemplo, que el administrador y editor de *TheDirty.com* no es demandable, aun cuando conoce lo que ocurre en su página web y lo promueve.

8. Véase *Zeran v. AOL* (1997); *Blumenthal v. Drudge* (1998); *Barrett v. Rosenthal* (2006); *Doe v. America Online* (Fl. 2001); *Chicago Lawyers’ Committee for Civil Rights Under Law, Inc. v. Craigslist, Inc.*, (2008); *Delfino v. Agilent Technologies* (2006).

9. Por ejemplo, la retirada de material en violación de derechos de autor está regulada específicamente por un régimen especial en la Ley de Copyright de 1978 (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, 17 USC § 512).

La sección 230 fue concebida como una manera de proveer un ambiente expresivo, económico y robusto en el que los servicios de internet pudieran florecer libres de preocupaciones legales por lo que los usuarios puedan expresar en sus páginas. Esta no es una preocupación trivial. El riesgo de hacer responsable a un intermediario —como lo es una plataforma de internet— es que para evitar responsabilidad, la plataforma se va a ver incentivada a quitar material que en realidad no es difamatorio y que está plenamente protegido por la libertad de expresión.

El riesgo principal con esa estrategia es la probabilidad de sobreprotección y el impacto de esta sobre valores vinculados con la libertad de expresión. En la medida en que los intermediarios y los usuarios tienen intereses divergentes, un intermediario no va a tener necesariamente en cuenta el valor expresivo que goza para el usuario la actividad objeto de reglamentación, sino que, racionalmente, va a maximizar su bienestar, buscando reducir el costo esperado de responsabilidad. El problema, en fin, es que al sopesar los costos privados de la responsabilidad frente a sus beneficios —dentro de la concepción racional que constituye su bienestar—, el intermediario no considerará los intereses individuales del usuario. (Meléndez Juarbe, 2012).

Esto es especialmente cierto cuando el costo de la responsabilidad es alto, y por lo tanto el riesgo es severo (por el alto costo del litigio y por las sanciones previsibles), y cuando las normas de responsabilidad son ambiguas, es

decir, cuando no queda claro de antemano cuál es la conducta ilegal que el intermediario debe bloquear. A este riesgo de cancelar una expresión innecesariamente por temor a la responsabilidad del intermediario se le conoce como “censura colateral” (Balkin, 2009; Wu, 2001). Por eso, ausente alguna norma de inmunidad (de algún tipo), existe una probabilidad real de censura colateral.

V. EL IMPACTO DE LA SECCIÓN 230

Ciertamente, el sistema de inmunidad provee una serie de beneficios desde el punto de vista de evitar censura innecesaria. A pesar de esto, también presenta un sinnúmero de costos; costos asumidos por las personas sobre quienes se expresan falsedades ofensivas, o sobre quien se divulga información privada. En ocasiones, se trata de expresiones anónimas por lo que es difícil (aunque no imposible) identificar al responsable. Esto provoca que el único remedio disponible sea recurrir al intermediario para que tome cartas sobre el asunto. Para la víctima, depender de la buena voluntad de la plataforma no siempre es suficiente. Solo hay que mirar a Kenneth Zeran, a quien se le atribuyeron las camisas sobre el bombarzo de Oklahoma y a la maestra-porrista sobre quien se publicaron comentarios en TheDirty.com.

Este estado de derecho da base a páginas dedicadas a la venganza pornográfica (*revenge porn*), en las que personas inescrupulosas colocan imágenes o videos íntimos de sus exparejas, en claros actos de violencia de género.

Una modalidad reciente involucra páginas de venganza pornográfica en las que, cuando una mujer solicita la retirada de cierto contenido, estas (sin obligación alguna de bajarlo, por la sección 230) se quedan de brazos cruzados y la remiten a otra página (un servicio paralelo y supuestamente independiente) que —por un costo de 250 o 350 dólares— gestiona la baja del contenido en el otro sitio (Citron, 2014, p. 175). Afortunadamente, estos esquemas se han comenzado a atender criminalmente utilizando leyes de extorsión (de las cuales la sección 230 no inmuniza). Recientemente, por ejemplo, un joven de 28 años de California, Kevin Bollaert, fue sentenciado a cumplir 18 años en prisión por extorsión, tras administrar los sitios *ugotposted.com* y *changemyreputation.com* con estos fines ('Cowardly' revenge, 2015; [Mclaughlin](#), 2015).

VI. PROPUESTAS DE CAMBIO

Los balances que el derecho debe hacer en estos casos son complicados. En juego está la preservación simultánea de dos ideales: por un lado, el de mantener una cultura democrática sustentada en la participación vigorosa de la población en el discurso público y, por otro lado, la necesidad de cultivar condiciones básicas de convivencia social y respeto mutuo. La premisa de la sección 230 es que hay que escoger uno de estos dos ideales, como si fueran mutuamente excluyentes, y ante ese dilema claramente escoge los intereses de libertad de expresión. Sin embargo estos ideales no tienen que ser necesariamente excluyentes.

Esta supuesta disyuntiva refleja una falsa dicotomía por dos razones principales: (1) es posible proteger al mismo tiempo a la libertad de expresión y a la privacidad y reputación, y (2) en muchos casos proteger los derechos de reputación, dignidad e intimidad es una forma importante de adelantar la agenda de la libertad de expresión y deliberación democrática. La víctima de venganza pornográfica y la persona difamada, cuya dignidad es ultrajada, difícilmente podrán contribuir al discurso público, con seguridad. Un Estado de derecho que inmuniza a prácticamente los únicos puntos desde donde se podrían evitar atentados contra la dignidad humana, no es un Estado de derecho que promueve el que las personas naveguen el entramado social en paz y, entre otras cosas, participen tranquilamente del entorno expresivo.

Puesto de otra forma, el derecho a la intimidad —concebido como el derecho a controlar qué cara se presenta al mundo (qué identidad asumirá el individuo en sociedad y qué información ofrecerá en público)— es una parte central de la libertad de expresión. Los individuos escogen cómo salir al mundo y, a partir de esa identidad, hablan. Los derechos de intimidad y la protección a la reputación son, pues, precondiciones a la libertad de expresión. Es necesario escoger las dos. Ciertamente habrá ocasiones en que, de verdad, haya que escoger una y no la otra, pero la regla general debe ser reconciliar estos intereses de forma más balanceada que la que provee la sección 230. Algunas propuestas de reforma apuntan en la dirección correcta.

Hay quien propone, por ejemplo, que se legisle una excepción específica a la sección 230 para aquellos casos más extremos de páginas dedicadas a la pornografía *no consensual*, al cibercoso, trata humana y conducta similar (Citron, 2014, p. 177; Goldman, 2013). Otros proponen atender el problema del anonimato, requiriendo a las plataformas mantener récords de modo que se pueda identificar a los usuarios anónimos, en la eventualidad de que sean parte en una demanda (Baron, 2008; Elrich, 2002, pp. 401, 417). Cabe mencionar que la realidad es que ya, en el transcurso de un pleito de difamación contra un usuario, es posible solicitar al tribunal asistencia para ordenar revelar datos que puedan ayudar a identificarlos. Por ejemplo, en *Doe v. 2themart.com Inc.* (2001) un tribunal federal expuso varios requisitos que deben satisfacerse para poder pedir al tribunal que ordene a una plataforma revelar la identidad de un usuario.

Una propuesta interesante está inspirada en el régimen de derechos de autor (Solove, 2010, p. 15). Bajo la Online Copyright Infringement Liability Limitation Act las plataformas de internet tienen cierta inmunidad ante demandas por violación a derechos de autor por sus usuarios. No obstante, no se trata del tipo de inmunidad absoluta de la 230; por el contrario, es una inmunidad condicionada a que los intermediarios cumplan con ciertas normas. Por ejemplo, la sección 512 de dicha ley tiene un mecanismo de notificación y retirada (*notice and takedown*), que requiere que el intermediario retire conteni-

do tras ser solicitado por una persona que alegue tener derechos sobre esa obra. Es la razón por la que YouTube existe: siempre que retire el contenido que alegadamente viola derechos de autor (según una notificación), será inmune. Si no lo retira, pierde su inmunidad.

Sin embargo, este sistema del régimen de derechos de autor no es perfecto, y las condiciones para ganarse esta inmunidad pueden ser inaceptables. Los riesgos de la censura colateral con este sistema son muy altos. La tendencia de las plataformas es a bajar contenido que es legítimo publicar, tras una mera notificación privada, con tal de preservar la inmunidad. Además, está ampliamente demostrado que hay una alta incidencia de abuso de este sistema por parte de personas que presentan solicitudes fatulas, lo cual conlleva al retiro innecesario de millones de materiales legítimamente colocados en línea (Mazzone, 2011). Hay sistemas diferentes: en Chile (para el caso de derechos de autor) se atiende el riesgo de censura colateral requiriendo una orden judicial previo a la retirada de contenido, mientras que en Argentina (para el caso de difamación y otras conductas), se requiere intervención judicial u orden administrativa, a menos que se trate de casos patentes y claros, que activen una obligación del intermediario de bajar contenido (Lara Gálvez y Ruiz Gallardo, 2012; *María Belén Rodríguez v. Google*, 2014). En Canadá, de otro lado, para el contexto de derechos de autor se insiste en un sistema de notificaciones consecutivas, sin retirada a instancias de privados.¹⁰

10. Canada Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 47, arts. 41.25, 41.26; Geist (2007). Ver, en general, Meléndez Juarbe (2015).

Pero sin tener que llegar a solicitar intervención judicial pueden proponerse reformas al sistema de la ley de *copyright* estadounidense, adaptándolo a reclamos de violación de derechos de reputación, para evitar el riesgo de censura. Por ejemplo, puede establecerse que el retiro de un contenido no sea inmediato, sino solo luego de notificar a la persona que lo subió. Además, y más importante, podrían establecerse sanciones severas para aquellas personas que abusen del sistema, de modo que una persona que solicite el retiro de material mediando negligencia crasa, sea responsable civilmente ante la persona cuyo material fue bajado indebidamente. De este modo, se ofrecen mecanismos para atender los intereses de reputación, pero a la vez creando responsabilidad por quien promueva solicitudes frívolas de retirada —protegiendo los intereses de libertad de expresión—.

Al nivel de los estados de Estados Unidos y territorios bajo su jurisdicción como Puerto

Rico, hay algún margen de acción para atender casos extremos por vía del derecho penal. Si bien no se puede responsabilizar (civil, ni criminalmente)¹¹ a la plataforma por la sección 230, se puede ser más riguroso con relación a los individuos que suben material sexual de forma no consentida. Por ejemplo, actualmente el Código Penal de Puerto Rico contiene algunas disposiciones sobre la divulgación de imágenes privadas, aunque se limita a prohibir *captar* imágenes y comunicaciones *sin consentimiento*, y la eventual divulgación de esas comunicaciones obtenidas *sin consentimiento* (arts. 168, 169, 171 y 173 del Código Penal, 33 L.P.R.A. § 5234, 5235, 5237, 5239).¹² Es decir, el Código no prohíbe la divulgación no autorizada de imágenes obtenidas *con permiso* (como por ejemplo, dentro de una relación de pareja). Para eso, la Asamblea Legislativa consideró un proyecto de ley que, de haberse aprobado, hubiese prohibido la venganza pornográfica y la extorsión relacionada. El Proyecto de la Cámara (P. de la C. 1667 de 29 de

11. Sobre la prohibición de legislación criminal estatal, véase Goldman (2013); *Voicenet Commc'ns, Inc. v. Corbett*, 2006 WL 2506318, pág. *4 (U.S. District Ct, E.D. Pa. Agosto 30, 2006).

12. Los artículos pertinentes disponen lo siguiente:

“Artículo 168. Grabación ilegal de imágenes. Toda persona que sin justificación legal o sin un propósito investigativo legítimo utilice equipo electrónico o digital de video, con o sin audio, para realizar vigilancia secreta en lugares privados, o en cualquier otro lugar donde se reconozca una expectativa razonable de intimidad será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de tres (3) años.

Artículo 169.- Grabación de comunicaciones por un participante. Toda persona que participe en una comunicación privada personal, bien sea comunicación telemática o por cualquier otro medio de comunicación, que grabe dicha comunicación por cualquier medio mecánico o de otro modo, sin el consentimiento expreso de todas las partes que intervengan en dicha comunicación, incurrirá en delito menos grave.

Artículo 171.- Violación de comunicaciones personales. Toda persona que sin autorización, y con el propósito de enterarse o permitir que cualquiera otra se entere, se apodere de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos de otra persona, o intercepte sus telecomunicaciones a través de cualquier medio, o sustraiga o permita sustraer los registros o récords de comunicaciones, remesas o correspondencias cursadas a través de entidades que provean esos servicios, o utilice aparatos o mecanismos técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del texto, sonido, imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, o altere su contenido será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de tres (3) años.

enero de 2015) fue un intento razonable por atender esta conducta nociva (aunque con una pena excesiva de tres años). Debe notarse, sin embargo, que de intentarse utilizar este delito contra una plataforma (y no contra el que sube el material), esa gestión estaría prohibida y desplazada por la sección 230.¹³

Finalmente, no deben ignorarse desarrollos recientes en Europa a través del llamado *derecho al olvido*. En mayo de 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió el caso de Mario Costeja, un ciudadano español a quien en 1998 le habían embargado bienes para pagar unas deudas y, por tal razón, el periódico *La Vanguardia* publicó un edicto con el aviso de subasta pública (*Google Spain, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos*, 2014). Más de quince años después del incidente, una búsqueda en Google con el nombre de Mario Costeja —quien no era figura pública— reflejaba ese pequeño aviso en la página 23 del periódico (*La Vanguardia*, 1998, p. 23). Si se realiza la búsqueda en Google de “Mario Costeja la vanguardia” desde diversos países del mundo, en la lista de los primeros diez resultados aparece ese anuncio. La información

sigue presente en el periódico. Pero si se realiza esta búsqueda en cualquier país de la Unión Europea, ese resultado no aparecerá.

Esto es así porque Costeja demandó a Google solicitando que removiera de la lista de resultados ese enlace en específico. El Tribunal le dio la razón a Costeja sobre la base de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo, relativa al tratamiento de datos personales. Resuelve el Tribunal que un motor de búsqueda como Google es “responsable del tratamiento de datos personales” y, por tanto, está obligado a remover información que, aunque inicialmente lícita, con el tiempo su recopilación se torna innecesaria “en relación con los fines para los que se recogieron o trataron”, como por ejemplo cuando los datos son “inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido.”¹⁴

Por eso, buscadores como Google en Europa tienen que establecer un mecanismo para recibir —caso a caso— solicitudes de retirada de contenido bajo el criterio anunciado por el Tribunal y, por supuesto, tomando en cuenta

A los fines de este Artículo, el hecho de que la persona tuviere acceso a los documentos, efectos o comunicaciones a que se hace referencia dentro de sus funciones oficiales de trabajo no constituirá de por sí “autorización” a enterarse o hacer uso de la información más allá de sus estrictas funciones de trabajo

Artículo 173.- Revelación de comunicaciones y datos personales. Toda persona que difunda, publique, revele o ceda a un tercero los datos, comunicaciones o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los Artículos 171 (Violación de comunicaciones personales) y 172 (Alteración y uso de datos personales en archivos), o que estableciere una empresa para distribuir o proveer acceso a información obtenida por otras personas en violación de los referidos Artículos, u ofreciere o solicitare tal distribución o acceso será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de tres (3) años.”

13. En la medida en que el artículo 4(b) del proyecto (entre otras cosas) prohíbe el que una persona “utilice cualquier material explícito a través de cualquier medio de comunicación electrónica”, este pudiera prestarse para aplicarlo contra un intermediario, lo cual estaría prohibido expresamente por la sección 230.

14. Para más información véase The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten (2015).

los intereses de la ciudadanía en mantenerse informada sobre asuntos de interés público. Lo anterior, tomando en cuenta, dice el Tribunal,

la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública.

Esta normativa es aplicable a través de la Unión Europea y afecta aquellos dominios de Google en esa jurisdicción (por ejemplo, Google.es, .fr, .gb, .de, etc.), y no necesariamente a Google.com, que se encuentra en Estados Unidos. No obstante, en el 2015 la Comisión Nacional de Informática y Libertad de Francia ordenó a Google implementar el derecho al olvido en el dominio .com, es decir, a nivel global, lo cual presenta un tema preocupante de limitación de contenido más allá de la jurisdicción europea (*La Nación*, 2015). Eventualmente, Google comenzó a limitar contenido en el .com que se percibe desde Francia, a instancias de la agencia reguladora de ese país, aunque ha apelado esa determinación ante el Consejo de Estado, organismo administrativo de última instancia en ese país (Keller y Brown, 2016; Hern, 2016).

De hecho, desde mayo de 2014 —cuando comenzó el proceso formal de solicitudes— Google ha recibido cientos de miles de solicitudes

de remoción del localizador uniforme de recursos (URL, por sus siglas en inglés). Ha evaluado más de dos millones de estos, de los cuales ha removido cerca del 43 % a junio de 2017). La mayor cantidad de solicitudes provinieron de Francia, Alemania, Gran Bretaña, España e Italia (Google, 2017).

El derecho al olvido presenta grandes retos y preocupaciones desde el punto de vista del acceso a la información pública. Hasta el momento no hay buenos parámetros y criterios decisionales, y se delega casi absolutamente a una entidad privada la facultad de filtrar el contenido de lo que aparece en los resultados de búsqueda. Olvidar la historia no es un lujo que se puede dar la sociedad. Por ejemplo, como recalca Eduardo Bertoni (2014), el mero nombre que se le da a este derecho ya es “un agravio para América Latina donde, en lugar de imponer el olvido se ha estado peleando en las últimas décadas por la verdad de lo ocurrido durante los oscuros años de dictaduras militares”. Aunque no hay posibilidad cercana (ni remota) de que se establezca un mecanismo así en el régimen constitucional estadounidense actual, esta solución debe ser, como mínimo, mirada con gran sospecha, tal vez como el extremo opuesto a la sección 230.

No hace mucho tenía una postura firme en defensa de la sección 230, para el caso de la protección a la reputación.¹⁵ Los riesgos de la

15. Meléndez Juarbe (2012): “Personalmente favorezco esta alternativa para el caso de la responsabilidad del intermediario por difamación y ataques abusivos a la honra, pues el riesgo de que se menoscabe expresión valiosa es muy alto. Pero esta determinación dependerá de los balances de valores sustantivos que hagamos en América Latina en torno al choque de intereses de expresión y dignidad humana en esos casos, para lo cual no hay consenso universal” (p. 122).

censura colateral me parecían y me parecen preocupantes. No obstante, hoy me encuentro más tentativo, dispuesto a negociar las tensiones que provienen de los múltiples intereses que nuestra sociedad debe conjugar.

VII. CONCLUSIÓN

Como sociedad hay que reflexionar sobre el entorno expresivo y sobre las consecuencias de los modos de expresión de las personas. Sobre todo, es importante pensar con detenimiento respecto a las instituciones (públicas y privadas) que dan forma y estructuran el sistema de libertad de expresión, a veces de forma desapercibida. Por eso es crucial considerar el rol principalísimo que tienen entidades *privadas* en la configuración de las posibilidades de expresión. Lo que hagan o dejen de hacer estas plataformas de expresión contribuye profundamente a definir el carácter de la democracia. Al final, si la ley no hace responsable a los intermediarios de ninguna forma, entonces queda a entera discreción de estas entidades determinar qué tipo de expresión van a tolerar, y bajo qué condiciones. Y eso, de por sí, es un tema de conversación.

El lector notará que este escrito carece de una discusión profunda de índole constitucional (más allá de lo expresado sobre las normas de responsabilidad para casos de difamación). Ello no es accidental. En el contexto del liberalismo estadounidense, la separación entre lo público y lo privado condiciona el análisis y nos dirige la atención hacia un complejo entramado de insti-

tuciones privadas que nos sirven de plataforma de deliberación pública. Por ello, para atender los retos de la libertad de expresión y privacidad en el mundo contemporáneo, los documentos constitucionales principales son los documentos de términos y condiciones de Facebook, Google y demás plataformas digitales. Cuando la conversación sobre nuestros derechos humanos y civiles gira en torno a lo que hacen o no hacen estas plataformas en su entera discreción, actores privados que no tienen que regirse por parámetros constitucionales y cuyo comportamiento está definido exclusivamente por la demanda de sus servicios y no por valores constitucionales que abrazamos, ahí hay un potencial problema. Su conducta se convierte en los “términos y condiciones” de nuestra democracia.

Referencias

1. Álvarez González, J. J. (1988). La protección de los derechos humanos en Puerto Rico. *Revista Jurídica, Universidad de Puerto Rico*, 57(133).
2. American Law Institute (Ed.). (1977). *Restatement of the Law*. Philadelphia, EE. UU.
3. *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 D.P.R. 35 (1986).
4. Balkin, J. M. (2009). The Future of Free Expression in a Digital Age. *Pepperdine Law Review*, 36(2), 426-444.
5. Barlow, J. P. (1996). *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Obtenido de

- Electronic Frontier Foundation: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>
6. Baron Carter, T. (2008). Who is Safe in This Harbor? Rethinking Section 230 of the Communications Decency Act. *Forum on Public Policy*, 1-22. Obtenido de [forumonpublicpolicy.com/archivespring08/carter.pdf](http://www.forumonpublicpolicy.com/archivespring08/carter.pdf)
 7. *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal. 4th 33 (2006). EE. UU.
 8. Bertoni, E. (2014). *El derecho al olvido: un insulto a la historia latinoamericana*. Obtenido de e-BERTONI: <http://ebertoni.blogspot.com/2014/09/el-derecho-al-olvido-un-insulto-la.html>
 9. *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44, 49-53 (D.D.C. 1998). EE. UU.
 10. Canada Copyright Act. R.S.C. 1985.
 11. *Carafano v. Metrosplash.com; Matchmaker.com*, 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003). EE. UU.
 12. Citron, D. K. (2014). *Hate Crimes in Cyberspace*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
 13. *Colón v. Romero Barceló*, 112 D.P.R. 573, 576 (1982).
 14. *Cubby v. CompuServe*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991). EE. UU.
 15. *Chévere v. Levis*, 150 D.P.R. 525 (2000).
 16. *Chicago Lawyers' Committee for Civil Rights Under Law, Inc. v. Craigslist, Inc.*, 519 F.3d 666 (7th Cir. 2008). EE. UU.
 17. *Daily Mail*. (4 de abril de 2015). 'Cowardly' revenge porn site operator CRIES as he is sentenced to 18 years for publishing thousands of nude photos online and charging women \$350 to remove them. Recuperado de <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3025196/San-Diego-revenge-porn-site-operator-sentenced-18-years.html>
 18. *Delfino v. Agilent Technologies*, 145 Cal. App. 4th 790 (2006). EE. UU.
 19. *Doe v. 2themart.com Inc*, 140 F.Supp.2d 1088 (2001). EE. UU.
 20. *Doe v. America Online*, 783 So. 2d 1010, 1013-1017 (Fl. 2001). EE. UU.
 21. *Doe v. MySpace*, 528 F.3d 413. 5th Cir. (2008). EE. UU.
 22. Elrich, P. (2002). Communications Decency Act 230. *Berkeley Technology Law Journal*, 17(1), 400-419.
 23. *El Vocero v. Puerto Rico*, 113 S.Ct. 2004 (1993).
 24. Estados Unidos. Online Copyright Infringement Liability Limitation Act. (1978).

25. Estados Unidos. Communications Decency Act. (1996).
26. Facebook. (2015). Facebook Terms of Services. Obtenido de facebook: <https://www.facebook.com/terms.php>
27. *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC*, 521 F.3d 1157. 9th Cir. (2008). EE. UU.
28. La Nación. (Septiembre 21 de 2015). *Francia rechaza la apelación de Google sobre el "derecho al olvido"*. Obtenido de lanacion: <http://www.lanacion.com.ar/1829876-francia-rechaza-la-apelacion-de-google-sobre-el-derecho-al-olvido>
29. Franklin, M. A. (1986). Libel and Letters to the Editor: Toward an Open Forum. *University of Colorado Law Review*, 57, 651-657.
30. *Fulana de Tal y Sutana de Cual v. Demandado A*, 138 D.P.R. 610 (1995).
31. Geist, M. (Febrero 15 de 2007). *The Effectiveness of Notice and Notice*. Obtenido de michaelgeist.ca: <http://www.michaelgeist.ca/2007/02/notice-and-notice-in-canada/>
32. *General Electric v. Concessionaries, Inc.*, 118 D.P.R. 32 (1986).
33. *Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323 (1974). EE. UU.
34. Goldman, E. (2013). The Implications of Excluding State Crimes from 47 U.S.C. § 230's Immunity. *Forbes Tertium Quid Blog*, 2013. Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 23-13. Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=2287622>
35. Goldman, E. (Abril 10 de 2013). *The "Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act of 2017" Bill Would Be Bad News for Section 230*. Obtenido de Technology & Marketing Law Blog: <http://blog.ericgoldman.org/archives/2017/04/the-allow-states-and-victims-to-fight-online-sex-trafficking-act-of-2017-bill-would-be-bad-news-for-section-230.htm>
36. Google. (2015). *European privacy requests for search removals*. Obtenido de Google Transparency Report: <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=en>
37. Google. (Junio 13 de 2017). *European privacy requests for search removals*. Obtenido de Google Transparency Report: <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=en>
38. *Google Spain, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos; Mario Costeja González*. Sentencia del 13 de mayo de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
39. Hern, A. (Mayo 19 de 2016). *Google takes right to be forgotten battle to France's highest court*. Obtenido de The Guardian: <https://www.theguardian.com/technology>

gy/2016/may/19/google-right-to-be-forgotten-france-highest-court

40. *Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC*, 755 F.3d 398 (6th Cir. 2014). EE. UU.
41. *J. S. v. Village Voice Media Holdings*, 2015 WL 5164599. Supreme Court Washington. EE. UU.
42. Katz, M. L., & Shapiro, C. (1994). Systems Competition and Network Effects. *The Journal of Economics Perspectives*, 8(2), 93-115.
43. Keller, D., & Brown, B. (Abril 25 de 2016). *Europe's Web Privacy Rules: Bad for Google, Bad for Everyone*. Obtenido de The New York Times: <http://www.nytimes.com/2016/04/25/opinion/europes-web-privacy-rules-bad-for-google-bad-for-everyone.html>
44. *La Nación*. (Septiembre 21 de 2015). Francia rechaza la apelación de Google sobre el "derecho al olvido". Obtenido de lanacion: <http://www.lanacion.com.ar/1829876-francia-rechaza-la-apelacion-de-google-sobre-el-derecho-al-olvido>
45. *La Vanguardia*. (Enero 19 de 1998). Subhasta D'immobles. Obtenido de Hemeroteca La Vanguardia: <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1998/01/19/pagina-23/33842001/pdf.html>
46. Lara Galvez, J. C. y Ruiz Gallardo, C. (2012). Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica. En E. Bertoni (Edit.), *Hacia una internet libre de censura: propuestas para América Latina* (pp. 73-81) Buenos Aires: Universidad de Palermo.
47. *López Tristani v. Maldonado Carrero*, 2006 TSPR 143, 2006 WL 2635837 (P.R.)
48. *López Vives v. Policía de Puerto Rico*, 118 D.P.R. 219 (1987).
49. McLaughlin, K. (5 de abril de 2015). 'He ruined my life': Victims reveal how they were left suicidal after their naked photos were posted online by 'revenge porn' mastermind as he's finally jailed for 18 years. Obtenido de <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3026036/Revenge-porn-victims-speak-site-operator-sentenced-18-years-prison.html>
50. *Mariña Beleñ Rodríguez v. Google, Inc.*, R 522 XLIX, 28 de octubre de 2014. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
51. Mazzone, J. (2011). *Copyfraud and Other Abuses of Intellectual Property* Stanford, California: Stanford Law Books.
52. Meléndez Juarbe, H. (2008). Privacy in Puerto Rico and the Madman's Plight: Decisions. *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 9(1), 181-219.

53. Meléndez Juarbe, H. (2009). DRM Interoperability. *Boston University Journal of Science & Technology Law*, xv(181), 109-123.
54. Meléndez Juarbe, H. (2012). Intermediarios y Libertad de Expresión: Apuntes para una conversación. En E. Bertoni (Comp.), *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina* (pp. 109-123). Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información.
55. Meléndez Juarbe, H. (2015). Mercados, propiedad, expresión y uso personal: El sistema de derechos de autor. *Derecho y Crítica Social*, 1(1), 109-138.
56. *Meléndez Vega v. Vocero*, 189 D.P.R. 123 (2013).
57. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241, (1974). EE. UU.
58. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). EE. UU.
59. Nissenbaum, H. (2009). *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford, California: Stanford Law Books.
60. *Noriega v. Hernández Colón*, 122 D.P.R. 650 (1988).
61. *Noriega v. Hernández Colón*, 130 D.P.R. 919 (1992).
62. Penney, J. (February 1, 2009). Understanding the New Virtualist Paradigm. *Journal of Internet Law*, 12(8).
63. Post, R. (1995). *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
64. *Pueblo v. Torres Albertorio*, 115 DPR 128, 134-35 (1984).
65. Puerto Rico. *Código Penal*.
66. Puerto Rico. Proyecto de ley 1667 de 29 de enero de 2015 (Cámara). *Para crear la "Ley Contra la Venganza Pornográfica de Puerto Rico", a los fines de tipificar como delito la divulgación y publicación de cualquier material explícito de carácter íntimo; establecer penalidades, y para otros fines relacionados*.
67. *RAV v. City of Saint Paul*, 505 U.S. 377 (1992). EE. UU.
68. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997). EE. UU.
69. *Rodríguez v. Scotia Bank*, 113 D.P.R. 210 (1982).
70. *Rodríguez v. Telefónica de Puerto Rico*, 156 DPR 584, 609-10 (2002)
71. *Rullán v. Fas Alzamora*, TSPR 5, 2006 WL 146231. P.R. (2006).

72. *Smith v. People of the State of California*, 361 U.S. 147, 153-54 (1959). EE. UU.
73. Smolla, R. A. (1986). *Law of Defamation* (Second ed.). New York: Clark Boardman, Co.
74. Solove, D. (2010). Speech, Privacy, and Reputation on the Internet. En S. Levmore y M. Nussbaum (Eds.), *The Offensive Internet: Speech, Privacy, and Reputation on the Internet*. Cambridge: Harvard University Press.
75. *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.*, N.Y. Misc. LEXIS 229, Supreme Court of New York (1995). EE. UU.
76. The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten. (2015). Recuperado de <https://drive.google.com/file/d/0B1UgZshetMd4cEI3SjlvV0hNbDA/view>
77. *Vega Rodríguez v. Telefónica de Puerto Rico*, 156 D.P.R. 584, 609-10 (2002).
78. *Vigoreaux Lorenzana v. Quizno's Sub, Inc.*, 2008 TSPR 38, WL 668228. P.R. (2008).
79. *Voicenet Commc'ns, Inc. v. Corbett*, No. CIV.A. 04-1318, 2006 WL 2506318, at *4 (E.D. Pa. Aug. 30, 2006)
80. *Weber Carrillo v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, 190 D.P.R. 688 (2014).
81. Wu, F. (2011). Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity. *Notre Dame Law Review*, 87(1), 292-349.
82. *Zeran v. AOL*, 129 F.3d 327. 4th Cir. (1997). EE. UU.
83. Zittrain, J. (2006). A History of Online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law and Technology*, 19(2), 253-298.