

EL FUTURO DE LA LIBRE EXPRESIÓN EN UNA ERA DIGITAL*

JACK M. BALKIN**
YALE UNIVERSITY, ESTADOS UNIDOS
JACK.BALKIN@YALE.EDU

RESUMEN: Este ensayo utiliza los debates sobre la neutralidad en la red y la responsabilidad de los intermediarios, como ejemplos de estas tendencias.

La libertad de expresión no solo depende de la mera ausencia de censura del Estado, sino también de una infraestructura de la misma, la que bien diseñada, ofrece oportunidades a las personas para crear y desarrollar tecnologías e instituciones que sus pares pueden utilizar para la comunicación y asociación. Por lo tanto, las políticas que promueven la innovación y protegen la libertad de crear nuevas tecnologías y aplicaciones son cada vez más circundantes a los valores de la libertad de expresión.

Las tecnologías hacen que los productos de información y cultura sean cada vez más valiosos, de modo que puedan ser comprados y vendidos (exportados) a los mercados de todo el mundo. Estos dos efectos contradictorios –de cara a una mayor participación y propietarización– son producidos por el mismo conjunto de avances tecnológicos. Las tecnologías que crean nuevas posibilidades para la participación en la cultura democrática, a menudo amenazan los modelos de negocio que buscan mercantilizar el conocimiento y controlar su acceso y distribución. La propiedad intelectual y el derecho de las telecomunicaciones pueden ser los terrenos en que se produzca esta lucha, no obstante, lo que está en juego es la estructura práctica de la libertad de expresión en el nuevo siglo.

Palabras clave: *Libertad de expresión, internet, tecnología, innovación, infraestructura, telecomunicaciones, propiedad intelectual.*

* Publicado originalmente en inglés en: *Pepperdine Law Review* Vol. 36, 2008, pp. 101-118. Trabajo recibido el 02 de julio y aceptado 30 de agosto del 2012. Con autorización del autor. Traducido al español por Nicolás López Pérez y Matías Henríquez González.

** Knight Professor of Constitutional Law and the First Amendment, Yale Law School.

THE FUTURE OF FREE EXPRESSION IN A DIGITAL AGE

ABSTRACT: The essay uses debates over network neutrality and intermediary liability as examples of these trends.

Freedom of speech depends not only on the mere absence of state censorship, but also on an infrastructure of free expression. Properly designed, it gives people opportunities to create and build technologies and institutions that other people can use for communication and association. Hence policies that promote innovation and protect the freedom to create new technologies and applications are increasingly central to free speech values.

The technologies make information and culture increasingly valuable commodities that can be bought and sold and exported to markets around the world. These two conflicting effects –toward greater participation and properization– are produced by the same set of technological advances. Technologies that create new possibilities for democratic cultural participation often threaten business models that seek to commodify knowledge and control its access and distribution. Intellectual property and telecommunications law may be the terrain on which this struggle occurs, but what is at stake is the practical structure of freedom of speech in the new century.

Keywords: freedom of speech, Internet, technology, innovation, infrastructure, telecommunications, intellectual property

En la era de la información se podría pensar que no hay una parte más importante de la Constitución que la Primera Enmienda. Después de todo, las garantías de la libertad de expresión tienen mucho que ver con la economía del conocimiento y un mundo en el que la riqueza y el poder dependen cada vez más tecnología de la información, la propiedad intelectual, y el control sobre los flujos de información.

Desde hace algún tiempo, he pensado acerca de cómo nuestros entendimientos de la Primera Enmienda probablemente pueden cambiar en una era digital. Gradualmente, he concluido que nos enfrentamos a la transición de una enorme ironía, en el mismo momento que nuestra vida económica y social es dominada cada vez más por las tecnologías de la información y los flujos de esta última. La Primera Enmienda parece cada vez más irrelevante para la solución de las batallas acerca de la libertad de expresión en el futuro. Aunque, de forma más precisa, el juez-creador de derecho que enseñó en mis clases de la Primera Enmienda, el que parece cada vez más irrelevante.

Los valores fundamentales que subyacen a la Primera Enmienda parecen más importantes que nunca. La protección de la libertad individual de expresar ideas, formar opiniones, crear arte y participar en la investigación; la habilidad de individuos y grupos para compartir sus

visiones con otros y construir sobre las ideas de los demás; y la promoción y diseminación del conocimiento y las opiniones. Todos esos valores siguen siendo tan importantes en un mundo de blogs, motores de búsqueda, y el software social, tal como lo hicieron en la época de la Ilustración dominada por la imprenta, folletos, y pregoneros. Lo que ha cambiado, sin embargo, es el contexto tecnológico en el que tratamos de alcanzar estos valores. En ese contexto, las decisiones más importantes que afectarán el futuro de la libertad de expresión no se producirán en el derecho constitucional, sino que serán las que versen sobre el diseño tecnológico, las regulaciones legislativas y administrativas, la formación de nuevos modelos de negocio y las actividades colectivas de los consumidores finales. Es probable que no se hubiera podido alcanzar el grado de libertad de expresión que disfrutamos en este país sin la elaboración judicial de los valores constitucionales del siglo XX. En el siglo XXI, sin embargo, el futuro del sistema de la libre expresión requerirá de otras fuentes de asistencia. En ese sentido, los valores de la libertad de expresión serán subsumidos en un conjunto aún mayor de las preocupaciones que yo llamo “el conocimiento y las políticas de la información”. Para explicar por qué ocurre esto, ofreceré un par de ejemplos, que al menos por encima que poco tienen que ver con la jurisprudencia de la Primera Enmienda, sino que el fuerte está en la libertad de expresión.

Mi primer ejemplo es el debate actual sobre la neutralidad en la red. Hoy en día, un número creciente de estadounidenses acceden a Internet a través de proveedores de servicios de red, ya sea empresas o bien, compañías de cable DSL¹. Estas empresas actúan como conductos para la expresión de los demás, por lo tanto, dependen de ellos para comunicarse, al igual que nosotros dependemos del servicio telefónico tradicional. Sin embargo, los proveedores de servicios de red no están sujetos actualmente a las regulaciones de la “no discriminación”, tales como las prescripciones comunes que se aplican al servicio telefónico tradicional². Lo anterior, crea varios peligros posibles.

En primer lugar, los proveedores de servicios de red que deseen favorecer el contenido y las aplicaciones de algunos de los usuarios y las empresas frente a otras³. Estos, pueden bloquear el acceso a los sitios y servicios desfavorecidos o bien, permitir el acceso a los usuarios finales sólo si estos sitios o servicios, pagando una tarifa especial⁴. Por ejemplo, en la *Associated Press*

¹ Véase HERMAN, Bill D. “Opening bottlenecks: On Behalf of Mandated Network Neutrality” en: *Federal Communications Commission Law Journal* Vol. 59. Washington D.C., Estados Unidos, 2006, p. 129.

² Cfr. 47 U.S.C. § 202 (2000) Describe los requisitos de no-discriminación por empresas de transporte público; Nat'l Cable & Telecomms. Ass'n contra Brand X Internet Servs 545 U.S. 967, 974-75 (2005). Este documento señala que la Comisión Federal de Ley (Federal Communications Act) actualmente “regula las empresas de telecomunicaciones, pero no a los proveedores de servicios de información, como empresas de transporte público”

³ VAN SCHEWICK, Barbara. “Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation”, en: *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 5. Colorado, Estados Unidos: 2007, pp. 329-336.

⁴ RUPERT, Benjamin. “The 110th Congress and Network Neutrality: S. 215—The Internet Freedom Preservation Act, 18” en: *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, 18 (2). Chicago, Estados Unidos: 2008, pp. 240-241.

descubrieron recientemente que *Comcast* había bloqueado en secreto el uso de un servicio para compartir archivos llamado *BitTorrent*, que se utiliza para mover archivos de gran tamaño a través de Internet⁵.

En segundo lugar, muchos usuarios finales visitan con frecuencia sitios con alto tráfico como eBay, Google y otros que también utilizan un ancho de banda considerable⁶. En este punto, los proveedores de servicio, podrían intentar cobrar este dinero a los sitios para asegurarse de que el tráfico fluye sin problemas para los usuarios finales⁷.

En tercer lugar, los proveedores de servicio que quieren dar una ventaja en el tráfico a sus socios de contenido o respecto del suyo⁸ reservando una vía rápida para los primeros que resulten favorecidos, como por ejemplo estudios de cine o cadenas de televisión, con el fin de que sus medios de transmisión fluyan ininterrumpidamente a los consumidores. *A contrario sensu*, los proveedores no ofrecerían protección al flujo de contenidos, es más, lo ralentizarían respecto de los no-socios, competidores, aficionados y consumidores finales⁹. El principio de neutralidad en la red sostiene que, en general, los proveedores de servicios no pueden discriminar contra los contenidos, sitios o aplicaciones¹⁰. La puesta en práctica de este principio es más complicada de lo que podría parecer a primera vista. Una versión de una regla de neutralidad en la red (hay muchas) indicaría que los proveedores no pueden discriminar en contra de contenidos, sitios o aplicaciones, excepto cuando sea necesario para mantener la red funcionando correctamente. Sin embargo, sí pueden cobrar a sus clientes de banda ancha propios (por ejemplo, los clientes residenciales y comerciales) distintos precios para diferentes niveles de servicio¹¹.

La meta de la neutralidad en la red es preservar la apertura de las redes digitales para diferentes tipos de contenido y también, para muchos otros tipos diferentes de servicios y aplicaciones que las personas pueden concebir en el futuro¹². Dicho de otra manera, el objetivo de la

⁵ Cfr. SVENSSON, Peter. "Comcast Blocks Some Internet Traffic" S.F. CHRO. <En línea> Consultado el 19 de Octubre de 2007. Disponible en la World Wide Web: <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/n/a/2007/10/19/financial/f061526D54.DTL&feed=rss.business>.

⁶ Cfr. STELTER, Brian. "To Curb Traffic on the Internet, Access Providers Consider Charging by the Gigabyte" N.Y. TIMES. <En línea> Consultado el 15 de Junio de 2008. Disponible en la World Wide Web: <http://www.nytimes.com/2008/06/15/technology/15cable.html?pagewanted=1>.

⁷ *Ibid.*

⁸ Cfr. VAN SCHEWICK, *op. cit.* (n.3).

⁹ Cfr. SVENSSON, *op. cit.* (n.5). Hincapié en la parte que se discute la práctica de Comcast para frenar tráfico con programas para compartir archivos.

¹⁰ FRISCHMANN, Brett M. y VAN SCHEWICK, Barbara. "Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: A Reply to Professor Yoo", en: *Jurimetrics Journal* 47. Tempe, Estados Unidos: 2007, pp. 387-389.

¹¹ Cfr. RUPERT, *op. cit.* (n.4).

¹² Véase LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. Nueva York, Estados Unidos: Random House, 2001, pp. 46-48, 155-76, 246-49; CRAWFORD, Susan. "The Internet and the Project of Communications Law", en: *UCLA Law Review* Vol. 55. Los Angeles (CA), Estados Unidos: UCLA University Press, 2007, pp. 359 y ss.; FRISCHMANN y VAN SCHEWICK, *op. cit.* (n.10), p. 398; VAN SCHEWICK, *op. cit.* (n.3), p. 329; Wu, Tim. "The Broadband Debate, A User's Guide", en: *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 3. Colorado, Estados Unidos: 2004, pp. 69 y ss.; Wu, Tim.

neutralidad en la red es asegurar que la Internet –tanto como sea posible–, siga siendo un propósito general del sistema de transporte de datos, a través de la cual diversos tipos de contenido, servicios y aplicaciones puedan fluir.

Ahora bien, ¿qué significa que el debate sobre la neutralidad en la red tenga que ver con la Primera Enmienda? - Vale la pena señalar que en virtud de la jurisprudencia reciente de la Primera Enmienda, al menos, la Constitución no exige la neutralidad en la red. Asimismo, proveedores como *Comcast* no son actores estatales. Entonces, la decisión acerca de la neutralidad en la red requiere de alguna forma de elección regulatoria que afecte el cómo la tecnología es desplegada. Dicha elección puede ser impuesta por la normativa FCC o por la legislación del congreso, sin embargo, es poco probable que fluyan de una interpretación judicial de la Primera Enmienda. De hecho ese es un argumento que señala que actualmente, la neutralidad en la red, viola la Primera Enmienda, porque los proveedores mantienen la propiedad comunicacional para su propio uso en la forma que guste¹³. No obstante, no creo que ese argumento tenga éxito. La neutralidad en la red trata a los proveedores como conductores para la expresión de otros y asimismo, los regula en su capacidad de transmisión¹⁴. Si la neutralidad en la red viola la Primera Enmienda, es difícil ver por qué las obligaciones comunes de transmisión para las compañías telefónicas, que también son tratados como conductos para la expresión de los de-

“Network Neutrality, Broadband Discrimination”, en: *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2. Colorado, Estados Unidos: 2003, pp. 141 y ss.; Carta de Timothy Wu, Assoc. Professor, Univ. of Va. School of Law, y Lawrence Lessig, Professor of Law, Stanford Law School, a Marlene H. Dortch, Sec’y, FCC 3 n.3 (22 de Agosto de 2003). Disponible en la World Wide Web: http://faculty.virginia.edu/timwu/wu_lessig_fcc.pdf; Entre los estudiosos, Christopher Yoo ha argumentado, por el contrario, que las reglas de neutralidad en la red no son necesarias para promover la competencia y la innovación, es más disminuyen los incentivos de estas, esto en: Yoo, Christopher S. “Network Neutrality and the Economics of Congestion”, en: *Georgetown Law Journal*, Vol. 95. Washington D.C., Estados Unidos: Georgetown University Press, 2006, pp. 1847 y ss.; Yoo, Christopher S. “Beyond Network Neutrality”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 19. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2005, pp. 1 y ss. Yoo, Christopher S. “Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Broadband Competition?: A Comment on the End-to-End Debate”, en: *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 3. Colorado, Estados Unidos: 2004, pp. 23 y ss.

¹³ Véase MAY, Randolph J. “Net Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age”, en: *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 3. Idaho, Estados Unidos: 2007, pp. 198, 202–04. También, WEISER, Phillip J. “Toward a Next Generation Regulatory Strategy”, en: *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 35. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago, 2003, pp. 64–65. En este último, se señala que “la información basada en un sistema de plataformas está ligado a la justificación de la regulación del ‘Título I, un enfoque que ayudaría a inmunizar contra el régimen regulatorio contra los desafíos de la Primera Enmienda’”; Yoo, *Beyond...* pp. 47–48. En este texto, se explica por qué los proveedores de red deben “ejercer control editorial sobre la información que transmiten”; Cfr. *Comcast Cablevision of Broward County, Inc. contra. Broward County*, 124 F. Supp. 2d 685, 693 (S.D. Fla. 2000); (“El operador de cable, a diferencia de un servicio telefónico, no tiene que vender la transmisión, sino que ofrece una colección de contenido.”); TRIBE, Laurence. “Plenary Address: Freedom of Speech and Press in the 21st Century: New Technology Meets Old Constitutionalism”. <En línea> Consultado el 21 de Agosto de 2007. Disponible en la World Wide Web: <http://www.tworldwide.com/events/pff/070819/default.cfm?id=8801&type=wmhigh&ctest=0>. Este artículo sugiere que existen problemas de la Primera Enmienda con la neutralidad en la red o requisitos comunes para los proveedores de transporte de banda ancha por cable.

¹⁴ BALKIN, Jack M. “Media Access: A Question of Design”, en: *Georgetown Washington Law Review* Vol. 76. Washington D.C., Estados Unidos: Georgetown University Press, 2008, p. 934.

más, no violan la Primera Enmienda también¹⁵. Por lo mismo, bajo la jurisprudencia reciente, la Primera Enmienda realmente, no dice mucho acerca de la neutralidad en la red en específico y lo que sí es que, los proveedores pueden discriminar contra ciertos contenidos, sitios y aplicaciones en importantes valores de la libertad de expresión. Un gran número de estadounidenses se comunica con cada otro a través de banda ancha y de eso, podemos esperar que el porcentaje de comunicación a partir de redes digitales aumente con el tiempo. Los proveedores ofrecen un servicio indispensable al público en general que hace lo más pública –y privada– la comunicación posible. Si los proveedores pueden discriminar contra el tráfico de contenidos y servicios a través de sus redes, ellos serían los censores más poderosos en Estados Unidos. Esto, porque vivimos en lo que es efectivamente un duopolio del teléfono y el cable de banda ancha, lo que deriva en que la competencia en el mercado no necesariamente significa contrarrestar la censura. Pero el debate sobre la neutralidad en la red es mucho más que los proveedores de red discriminando ciertos tipos de contenidos o servicios¹⁶. Aunque, es probable que en la mayoría de los casos, las grandes corporaciones no discriminen a las comunicaciones a causa de sus ideas políticas o su tono moral, sin perjuicio de que ha habido excepciones bien publicitadas¹⁷. La mayoría de las discriminaciones en la red se deben a razones económicas y al favorecimiento de los socios comerciales, de tal forma que se protejan los modelos de negocios que están involucrados. Por lo mismo, el debate sobre la neutralidad en la red es realmente acerca de la mejor manera para fomentar la competencia y promover la innovación. Defensores de la regulación de la neutralidad en la red, argumentan que las redes digitales generarían aplicaciones más útiles en el futuro, –junto a la ayuda a las personas que generan y distribuyen más información– si la red digital se mantiene como neutral esto posibilitaría que al final, se den distintos tipos de contenidos y aplicaciones¹⁸. Lo anterior desea promover el crecimiento de nuevos tipos de servicios de información, incluyendo los servicios que ni siquiera hemos imaginado. Sin embargo, es importante mantener las redes no discriminatorias y no construir aquellas para favorecer los

¹⁵ En *Turner Broadcasting System contra FCC (Turner I)*, 512 U.S. 622 (1994) la Corte rechazó un estricto control estándar de obligaciones “*must-carry*” para los operadores de cable, con el argumento de que tales reglamentos estructurales no interfieren en el control editorial y deben ser analizados de acuerdo con un nivel intermedio de escrutinio que es esencialmente una prueba de la regulación razonable. Ídem en 653-62. Finalmente, el Tribunal confirmó el reglamento de esta norma. *Turner Broadcasting Sys. contra FCC (Turner II)*, 520 U.S. 180, 185 (1997). Los jueces disidentes señalan que se habría aplicado un estricto control sobre la base de que las normas “*must-carry*” que pudieron haber interferido con decisiones editoriales. *Turner I*, 512 U.S. en 681–82, pero se supone que el tratamiento de los proveedores de cable más común (operadores que no podían discriminar en absoluto con respecto a los contenidos) no viola la Primera Enmienda. Ídem en 681–82, 684 (O’Connor, J., disidente) La opinión disidente del juez O’Connor, que junto a los jueces Scalia, Ginsburg y Thomas, sostuvo que “si el Congreso puede exigir que las compañías telefónicas operan como empresas de transporte público, se puede pedir lo mismo de las compañías de cable, tal enfoque no sufren el defecto de preferir un altavoz a otro.”

¹⁶ Tenga en cuenta que las industrias de contenido también pueden presionar al Estado a exigir que los proveedores de servicios de red instalen filtros para rastrear y prevenir violaciones de los derechos de autor.

¹⁷ LIPTAK, Adam. “Verizon Rejects Text Messages from an Abortion Rights Group”, N.Y.TIMES. <En línea> Consultado el 27 de Septiembre de 2007 (cita omitida); LIPTAK, Adam. “Verizon Reverses Itself on Abortion Messages”, N.Y. TIMES. <En línea> Consultado el 28 de Septiembre de 2007. Disponible en la World Wide Web: <http://www.nytimes.com/2007/09/28/business/28verizon.html>.

¹⁸ Véase LESSIG, *op. cit.* (n.12), p. 138.

actuales negocios de los proveedores que están alineados entre sí. Si bien es cierto que los proveedores pueden tener importantes fuentes de innovación, ellos pueden desestimar nuevos tipos de productos y servicios que ellos no inventaron, para que no vayan acompañados con su sello y que podrían poner en peligro sus formas existentes de hacer negocios. Por ejemplo, AT&T no estaba interesado en el desarrollo de las tecnologías de Internet hace décadas, ya que al hacerlo ponía en peligro su control del sistema telefónico¹⁹. Una red no discriminatoria descentraliza las fuentes de la innovación, porque cualquiera puede crear servicios de Internet y aplicaciones que no requieran de permiso de las compañías de banda ancha²⁰. La gente que no está suscrita a estas empresas puede llegar a la siguiente plataforma, por ejemplo eBay, Google, YouTube, Flickr o Facebook. Ninguna de estas aplicaciones por lo que yo sé, se originó con una compañía de banda ancha.

Se podría decir que todo esto está muy bien, pero ¿qué tiene que ver con la Primera Enmienda? ¿Por qué promover la innovación que importa a las personas que se hacen cargo de la libertad de expresión? Un sistema de libre expresión no solamente depende de la mera ausencia de la censura por parte del Estado, sino que también de la infraestructura que esta posee²¹. Ella incluye los tipos de medios de comunicación e instituciones para conocer, crear y diseminar lo que está disponible en cualquier momento. Lo anterior, también concierne a las clases de oportunidades que se ponen a disposición de la gente para que ella, diseñe y construya tecnologías e instituciones que las demás personas puedan utilizar para asociarse y comunicarse. Dos ejemplos contemporáneos son: la telefonía por internet y los servicios de intercambio de archivos como BitTorrent. Esas nuevas aplicaciones que permiten a las personas comunicarse e compartir información sin costo –prácticamente– han sido posibles, gracias a empresarios que pudieron colocar nuevos programas en el tope de los protocolos de Internet. La gente podría crear nuevas aplicaciones, pues la estructura de la red mundial ha permitido esta clase de experimentación sin tener permiso alguno. Al elegir un sistema de regulación que permita que Internet funcione más o menos como un sistema general de transporte de datos, se abren las posibilidades para una amplia variedad de nuevas aplicaciones y servicios que permiten que la población comparta información y opiniones, de tal manera que, construyan conjuntamente comunidades en línea.

Considere, por ejemplo, la diversidad de sitios de software social que han surgido en la Internet durante la década pasada, entre estos se incluyen –bajo el sistema web 2.0– Facebook

¹⁹ *Ibid.*, pp. 31-33.

²⁰ Véase n.18.

²¹ BALKIN, Jack M. "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", en: *New York University Law Review* Vol. 79. Nueva York, Estados Unidos: New York University Press 2004, pp. 52-55; también BENKLER, Yochai. "Property, Commons, and the First Amendment: Towards a Core Common Infrastructure", en: *White Paper for the First Amendment Program, Brennan Center for Justice at NYU Law School, New York, N.Y.* (3), 2001. <En línea> Consultado el 15 de Enero de 2009. Disponible en la World Wide Web: <http://www.benkler.org/WhitePaper.pdf>

y Flickr²². Dichos sitios realizan varias funciones al mismo tiempo, desde servicios de almacenamiento para contenido multimedia (Flickr guarda fotografías por ejemplo y Facebook, hace lo mismo con una variedad de archivos), sin embargo, también son comunidades en línea que permiten a las personas comunicarse con otras y en la misma línea, perseguir intereses y actividades en común, a través de estos canales. Las políticas que facilitan este tipo de innovación –y permiten que mucha gente, no solo los proveedores que participan en ella,– sirven para los intereses de la libertad de expresión en el largo plazo, a pesar de que podría parecer que funcionan como parte de la censura del gobierno.

Para estar seguros que los defensores de la neutralidad en la red a menudo han hecho caso ante la opinión pública al hablar de los peligros de la censura en la red, hay que comprobar a través de las personas que están sumidas en el entendimiento tradicional de Primera Enmienda. Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión más amplia en el debate acerca de la neutralidad en la red es acerca de las políticas de innovación. Dicho tema acarrea enormes implicancias para el acceso a las comunicaciones y las futuras oportunidades para expresarse, escuchar y compartir información, junto a la posibilidad de asociarse con otros²³.

Mi segundo ejemplo se refiere a la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios y, en particular el privilegio creado por el artículo 230(c)(1) del *Telecommunications Act* de 1996²⁴. Apostaría que la mayoría de los estudiantes, no ha oído hablar acerca del artículo 230(c)(1) en sus clases de la Primera Enmienda. Esto resulta increíble, ya que esta ha sido uno de los garantes más importantes de la libertad de expresión en la Internet, al menos en Estados Unidos. El artículo 230(c)(1) señala que “[n]o 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.”²⁵ En otras palabras, las personas que prestan el tráfico de Internet como las compañías de banda ancha no se hacen responsables por el tráfico que fluye a través de sus redes. Esto puede ser, incluso más importante, pues las personas que operan sitios web o servicios en línea en el que los demás proporcionan contenidos como: salas de chat, servicios de blog, de almacenamiento de archivos, motores de búsqueda, boletines informativos o redes sociales como

²² Página de inicio de facebook, <http://www.facebook.com> Página de inicio de Flickr, <http://www.flickr.com>

²³ Brett Frischmann ha formulado argumentos relacionados con el uso del idioma de los efectos indirectos. Véase FRISCHMANN, Brett M. y LEMLEY, Mark A. “Spillovers”, en *Columbia Law Review*. Vol. 107. Columbia, Estados Unidos: Columbia University Press, 2007, p. 297 (“El acceso común no discriminatorio a la infraestructura de Internet facilita amplia participación del usuario final en una variedad de actividades productivas socialmente valiosas”); FRISCHMANN, Brett M. “An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management”, en: *Minnesota Law Review*. Vol. 89. Minnesota, Estados Unidos: University of Minnesota Press, 2005, pp. 1017–18 (haciendo hincapié en los efectos indirectos de la actividad no comercial). También BENKLER, *op. cit.* (n.21), p. 26 (argumenta que la construcción de una infraestructura central “común... sirve a los valores centrales que informan la Primera Enmienda”)

²⁴ *Telecommunications Act* de 1996, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (codificada en su forma enmendada en secciones dispersas del 47 USC); 47 U.S.C. § 230(c)(1) (2000).

²⁵ § 230(c)(1). “[n]o (todo) proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será tratado como el autor o emisor de ninguna clase de información proporcionada por el mismo al contenido de otro proveedor de servicios.”

Facebook y MySpace no se hacen responsables de lo que otras personas digan, cuando otros usen estas redes, servicios o sitios²⁶. Si las personas escriben comentarios en respuesta a lo que se ha posteado en un blog, yo no soy responsable por aquello. Blogger, quien tiene mi blog no es responsable por lo que yo escribo en él. Google, la compañía que ofrece un motor de búsqueda, no es responsable por los resultados de su servicio o bien, de lo que cita o enlaza a lo que dije, y así sucesivamente. Este privilegio se aplica a un amplio rango de distintos agravios y crímenes en las comunicaciones, pero no a las supuestas violaciones de los derechos de propiedad intelectual²⁷.

El artículo 230 es una regla de responsabilidad del intermediario, que le otorga a los operadores en Internet, sean tanto proveedores de servicio de redes como proveedores de servicio en línea, el privilegio contra ciertos litigios basados en el contenido proporcionado por terceros, aunque eso no es expresado por la jurisprudencia de la Primera Enmienda²⁸. Sin embargo, esto ha tenido consecuencias enormes para asegurar la vibrante cultura de la libertad de expresión que tenemos en el Internet hoy²⁹. La razón de esto, se funda en el artículo 230, el que ha protegido los conductos y a los proveedores de servicios en línea de ser demandados por la “expresión” de los extraños que “respaldan”³⁰, debido a que los que prestan esa clase de servicios están exentos de responsabilidad. Ellos han construido un amplio rango de diversas aplicaciones y servicios que le permiten a la gente expresarse entre sí, así como también de hacer cosas. El artículo 230 no es una perfecta pieza de legislación, porque puede ser sobreprotector en algunos aspectos, así como también deja otros ámbitos desprotegidos³¹, sin perjuicio de lo anterior, ha sido un valioso precepto.

²⁶ Véase *Zeran contra Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) (la búsqueda de AOL no es responsable por declaraciones difamatorias publicadas por uno de sus usuarios); véase también, *Doe v. GTE Corp.*, 347 F.3d 655 (7th Cir. 2003) (el holding GTE no se hace responsable cuando un usuario de alguno de sus sitios web publica vídeos ilegales de los atletas que se cambian en el vestuario)

²⁷ En estos casos, las disposiciones de salvaguarda de la Digital Millennium Copyright Act cuando se aplican, imponen obligaciones de notificación y desmontaje. 17 U.S.C. § 512(c)(1)(A)(iii)(2004).

²⁸ La analogía más cercana es *Smith contra California*, 361 U.S. 147 (1959). En *Smith*, la Corte revocó una ley de California que hizo que sea un crimen para los propietarios de librerías, el ofrecer libros que hayan sido judicialmente determinados como obscenos, incluso si el propietario no tenía conocimiento de los contenidos de los libros. La Corte Suprema declaró inconstitucional la ley, argumentando que “si el librero es responsable penalmente sin el conocimiento de los contenidos... tenderá a restringir los libros que vende a los se que han inspeccionado. Por lo tanto, el Estado habrá impuesto una restricción a la distribución de los que son constitucionalmente protegidos, así como la literatura obscena”. Ídem en 153. También hay una similitud entre el artículo 230 y el privilegio distribuidor de derecho común. Véase el *Restatement (Second) of Torts* § 581 (“[U]no... que entregue o transmita información difamatoria publicada por un tercero, incurrirá en responsabilidad sí, solo si sabe o tiene razones para saber de su carácter difamatorio”). Sin embargo, el artículo 230 impide la responsabilidad, incluso si el proveedor de servicios de informática conoce el contenido en cuestión. Ver *Blumenthal contra Drudge*, 992 F. Supp. 44, 52 (D.D.C. 1998). The Digital Millennium Copyright Act, por el contrario, impone un sistema de notificación y desmontaje. *Revise* 17 U.S.C. § 512(c)(1)(A)(iii) (2004).

²⁹ Véase 47 U.S.C. § 230(b)(2) (afirmando que la política de Estados Unidos es “preservar el libre mercado dinámico y competitivo que existe en la actualidad para Internet y otros servicios informáticos interactivos”)

³⁰ Me remito al § 230(c)(1).

³¹ El artículo 230(2), por ejemplo, ofrece a los propietarios de canales de transmisión una completa discreción para censurar el tráfico, además de la inmunidad del artículo 230(1).

Frecuentemente es muy difícil de localizar y demandar a las personas por su expresión en Internet³², puesto que la mayoría es anónima, lo que hace difícil hallar a la persona que se está expresando o bien, ella podría estar fuera del territorio. Si los demandantes se molestan por lo que alguien dice en línea, es mucho más fácil accionar contra el gestor de contenidos que dejó que se publicase la opinión controvertida en su sitio o bien, puede ser llevado a la justicia al proveedor de servicios de red que permita el tráfico a través de sus conductos. Lo último sobre la idea de que estas entidades no solo pueden tener abultadas billeteras, sino que también son probablemente las más fáciles de demandar³³.

Igualmente importante es la responsabilidad del intermediario, que produce un fenómeno llamado *censura colateral*, esto es: Amenazas de responsabilidad contra el sujeto A (el conducto del proveedor de servicios en línea) les entregan razones para tratar de controlar o bloquear la expresión del sujeto B (el emisor conectado)³⁴.

A veces, es perfectamente sensato mantener a ciertas personas responsables de la expresión de otros. La versión impresa del *New York Times* puede ser responsable por los dichos de personas que publica, incluyendo lo hecho por sus reporteros, columnistas e incluso sus anuncios³⁵. Es más, en un famoso caso *New York Times contra Sullivan* se involucró a publicidad que fue la base de la demanda por difamación del Comisionado de policía Sullivan³⁶. De manera similar, los editores de libros son responsables por las declaraciones de los autores que imprimen³⁷.

Los proveedores de servicios de red y los que prestan servicios en línea, sin embargo, no operan en la misma forma que los periódicos y los editores de libros³⁸. Existe un gran número de extraños que envían datos a través de las prestaciones que entregan los proveedores de Internet, así

³² KREIMER, Seth F. "Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link", en: *University of Pennsylvania Law Review*. Vol 155. Pennsylvania, Estados Unidos: University of Pennsylvania Press, 2006, p. 13 (tomando nota del problema de expresión anónima que lleva a las convocatorias de responsabilidad de los intermediarios)

³³ WILSON, Scot. "Corporate Criticism on the Internet: The Fine Line Between Anonymous Speech and Cybersmear", en: *Pepperdine Law Review*. Vol. 29. Malibú, Estados Unidos: 2002, p. 555 (argumenta que en el artículo 230 "en gran parte se ha cerrado el acceso a estos defensores de 'bolsillos profundos'")

³⁴ Véase BALKIN, Jack M. "Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds", en: *Virginia Law Review* 90. Charlottesville (VA), Estados Unidos: University of Virginia Press, 2004, pp. 2043, 2095-98; BALKIN, Jack M. "Free Speech and Hostile Environments", en: *Columbia Law Review* 99. Columbia, Estados Unidos: Columbia University Press, 1999, pp. 2295, 2296-2305; MEYERSON, Michael I. "Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the 'Speaker' Within the New Media", en: *Notre Dame Law Review*. 71. Notre Dame, Estados Unidos: 1995, pp. 116-118.

³⁵ Véase *Cantrell contra Forest City Publ'g Co.*, 419 U.S. 245, 253-54 (1974) (aprobación de un cargo jurado que permitía la imposición de responsabilidad subsidiaria a un editor para conocer las falsedades escritas por su autor personal)

³⁶ *N.Y. Times Co. contra Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

³⁷ Véase *Blumenthal contra Drudge*, 992 F. Supp. 44, 49 (D.D.C. 1998).

³⁸ Véase *Bartzel contra Smith*, 333 F.3d 1018, 1026 (9th Cir. 2003) ("El Congreso decidió no tratar a los proveedores de servicios informáticos interactivos como otros proveedores de información tales como periódicos, revistas y estaciones de televisión y de radio, todo lo cual pueda ser considerado responsable de publicar o distribuir material obsceno o difamatorio redactados y realizados por otros". (Cita de *Blumenthal*, 992 F. Supp. at 49)).

como también, una considerable cantidad de usuarios que accede a servicios en línea. Por ejemplo, el motor de búsqueda de Google toma fragmentos de los sitios web a lo largo del mundo y proporciona enlaces a ellos³⁹. Google también es dueño de Blogger, servicio que provee una plataforma de blogs en la que cualquiera puede registrarse y usar. Ahora bien, cada uno de esos blogs, por concepto del host de la empresa central, es susceptible de permitir a terceros el escribir comentarios a las entradas del mismo sitio. Regresando al ejemplo del *New York Times*, apuntaré a su versión en línea. NYT.com, en comparación con la versión del “árbol muerto” (Np, referencia al tabloide), almacena un considerable número de distintos blogs y también goza de características que permiten a los suscriptores responder a los editores e incluso, comentar mediante la publicación de sus propios pensamientos e ideas.

El problema con la estrategia de la censura colateral en el contexto de Internet es que simultáneamente conduce a mucha censura y a muy poca innovación. Los editores de libros tienen un gran interés en el trabajo de sus autores; los periódicos se interesan en lo que realizan sus periodistas. Pero si A no está asociado con B, el primero carece fuertemente de incentivos para defender la expresión de B y todos los que impliquen el evitar demandas. Como resultado de ello, para evitar responsabilidad, A tenderá a censurar mucho. Por supuesto, A podría no permitir nada que el mismo no haya escrito, creado o rigurosamente editado para ser publicado. Si yo fuera responsable de los comentarios publicados en respuesta a mi blog, yo simplemente no permitiría ningún comentario. Lo mismo es cierto para las versiones en línea de los periódicos y revistas que no permiten que los lectores respondan a través de comentarios. Sin el artículo 230 muchos operadores de sitios web simplemente desactivarían esas funciones. Mientras la responsabilidad podría dar incentivos para que los proveedores de servicios en línea diseñen mecanismos de filtrado para eliminar opiniones potencialmente demandables. El resultado más probable de eso sería el cierre de las aplicaciones y servicios que un amplio margen de la población utiliza⁴⁰, por concepto de un no-uso.

No obstante, más allá del problema de la censura colateral, también está la cuestión de los incentivos para la innovación en la creación de nuevas formas de servicios de información y medios de comunicación en línea. Recordemos varios ejemplos de diferentes software social que mencioné anteriormente. Si yo estuviera considerando el crear un servicio online que permita a las personas el comentar algo o bien, publicarlo en mi servidor o sitio web, probablemente voy a pensar dos veces si yo podría ser demandado por todo lo que es publicado o cargado. Sin algo como la inmunidad del artículo 230, podría ser muy riesgoso el crear un software social que permita a otros hacer blogs o publicar, mucho menos hacer una red social. Por supuesto que las compañías de motores de búsqueda como Google, que publican fragmentos de sitios de otras

³⁹ Véase Google Corporate Information: Technology Overview <En línea> Consultado el 15 de Enero de 2009. Disponible en la World Wide Web: <http://www.google.com/corporate/tech.html>

⁴⁰ Véase *Zeran contra Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 331 (4th Cir. 1997) (argumenta que los proveedores de servicios informáticos interactivos limitan el contenido si se enfrentan con la responsabilidad por los mensajes re-publicados).

personas que ayudan a encontrar lo que pide quien solicita el servicio, o los sitios de publicidad como Craigslist, que actúan como boletines⁴¹, estarían en serio peligro, por no hablar de sitios como Amazon.com, que fomentan descripciones de los clientes y comentarios⁴². Sobre lo anterior, la amplia gama de medios participativos y aplicaciones que caracterizan a la Internet hoy en día estarían en continuo riesgo de demandas, lo podría resultar que gran parte de la libertad en la Internet, junto a muchas de sus diversas posibilidades de comunicación y de asociación se enfríen.

Permítame ahora dar un paso atrás y considerar algunas cosas sobre estos dos ejemplos. En primer lugar, en la descripción de los valores de la libertad de expresión implicados en el uso de las tecnologías digitales, he subrayado repetidamente la importancia de la participación de un gran número de personas diferentes, esto es, lo que hace que Internet sea tan vibrante y tan especial, vale decir, que llegan a comunicarse, no sólo las personas que poseen o trabajan para las grandes organizaciones o medios de comunicación de masas, sino que también una inmensa mayoría. Eso es también lo que hace que Internet sea tan lleno de contenido y contemple debates sobre todos los temas posibles, porque disminuye considerablemente los costes de transmisión y distribución de contenidos. De la misma forma, otorga un propósito general al transporte de datos, almacenamiento, y al sistema de publicación. La Internet se ha aprovechado eficazmente los intereses del mundo, de la creatividad y la inteligencia para producir un enorme archivo de, bueno, todo.

Segundo, una vez que se abren los medios de comunicación a un gran número de personas y se gestan comunidades en línea, algunas de las palabras emitidas, serán sobre política y asuntos públicos. Sin embargo, una parte mucho más grande será acerca de las cosas que están fuera de la política y que ocupan a las personas, como la cultura popular, el arte, la música, el cine, libros y novelas, chismes e incluso fotos de sus amigos o de sus mascotas, aunque la blogósfera guarece una vibrante órbita de discusiones políticas. La mayoría de los blogs no son sobre política, sino que son diarios personales que hablan acerca de un vasto número de temas⁴³. En la misma lógica, aunque las personas utilizan las redes sociales para organizaciones políticas, la mayor parte del tiempo son usadas para interactuar.

Tercero, he ofrecido dos ejemplos donde los valores de la libertad de expresión son protegidos no a través de la tarea judicial de la elaboración de precedentes constitucionales, sino que a partir de la regulación y decisiones técnicas, lo que no es accidental. ¿Qué hace que Internet

⁴¹ Véase Craigslist—about > factsheet, <En línea> Consultado el 15 de Enero de 2009. Disponible en la World Wide Web: <http://www.craigslist.org/about/factsheet>

⁴² Véase The Ins and Outs of Customer Reviews. <En línea> Consultado el 15 de Enero de 2009. Disponible en la World Wide Web: <http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=12177361&qid=1221440056&sr=1-1>

⁴³ Véase Amanda Lenhart & Susannah Fox, *Bloggers: A Portrait of the Internet's New Storytellers*, PEW INTERNET AND AMERICAN LIFE PROJECT, July 19, 2006, <http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP%20Bloggers%20Report%20July%2019%202006.pdf> (señalando que “si bien muchos blogs centran su publicidad en la política, el tema más popular entre los bloggers es su vida y experiencias”).

sea tan valiosa para la libertad de expresión? Parece ser su apertura de diseño y la posibilidad de hacer una infinidad de cosas con la red, pero eso no es más que una historia de la tecnología. El derecho juega un importante rol en la creación de incentivos para los adelantos que se construirán de un modo y no de otro, lo que facilitará ciertos modelos de negocios, junto a la participación del público en ese escenario. La Internet en gran medida tendrá apertura de redes y legislación al respecto, como el artículo 230. Este ha ayudado a asegurar una ecología de diversas aplicaciones, servicios y contenidos. Sin embargo, las decisiones más importantes no serán de mano de los tribunales al interpretar la Constitución; serán tomadas por el legislador, órganos administrativos, tecnólogos, empresarios y el consumidor final.

Cuarto, en mis dos ejemplos de la preocupación tradicional sobre la Primera Enmienda permanece un problema. Por un lado, la censura probablemente viene desde entidades privadas que controlan redes de telecomunicación y servicios en línea como los que provienen del gobierno. Por otro, la preocupación por la censura en la red tiene su origen en la profunda conexión entre los valores de la libertad de expresión y las políticas de innovación.

En los ejemplos de neutralidad en la red y responsabilidad de los intermediarios no podemos separar fácilmente los valores de la libertad de expresión de los objetivos de promoción de la innovación generalizada y descentralizada, así como también de las nuevas formas de producción de información y los servicios de información. En otras palabras, servir mejor a los valores de la libertad de expresión mediante la descentralización y la promoción de la innovación, permitiendo que muchas personas diferentes experimenten una gran variedad de nuevas formas de comunicarse, compartir información, asociarse y construir cosas juntos.

Esto me lleva a mi punto central: El auge de las redes digitales como tecnología dominante para el lenguaje de nuestra época transforma la manera en que debemos pensar a la Primera Enmienda y a los principios de la libertad de expresión.

En primer lugar, la era digital hace cada vez más claro que el punto de la libertad de expresión es promover no sólo la democracia, sino algo más grande: una cultura democrática⁴⁴. ¿Qué es una cultura democrática? Es una cultura en la que la gente común puede participar, tanto colectiva como individualmente, en la creación y elaboración de significados culturales que los constituyen como individuos⁴⁵. La participación en la cultura es importante para nosotros como seres humanos, porque –en un sentido importante– estamos hechos de cultura, nos perfilamos en la misma a ser la clase de personas que somos. Habitamos, reproducimos y reconstruimos la cultura, viviendo en ella, usándola, añadiendo a la misma, a partir de ella, y alterando(la) a través de nuestro uso de la misma. Una cultura democrática no es democrática

⁴⁴ BALKIN, *op. cit.* (n.21) pp. 3–6, 33–50.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 3–4.

porque la gente tenga la oportunidad de votar sobre lo que la cultura debe ser, sino que tiene ese carácter, porque la gente llega a participar en la producción de ella, través de la comunicación e influencia mutua. La cultura democrática invoca una idea de la democracia participativa⁴⁶.

La idea de una cultura democrática incluye la idea de la participación en el autogobierno representativo, pero es mucho más que eso, puesto que el reino de la cultura es más grande que el del autogobierno representativo. De hecho, una teoría de la libertad de expresión justifica en términos de sus posibles contribuciones al autogobierno representativo, algo que parece del todo demasiado estrecho en la era de Internet. Las redes digitales hacen mucho más que proporcionar la información necesaria para la democracia en un Estado-nación. En primer lugar, lo que se hace en Internet trasciende el espectro del Estado-nación como unidad, ya que la participación en las discusiones, el debate y la actividad colectiva excede a las fronteras nacionales y de la misma manera, no las respeta. Estas son las actividades humanas que son valiosas en sí mismas. De igual manera, no deben ser protegidas porque -y en la medida que- puedan contribuir al debate sobre la política estadounidense, o incluso la política exterior de ese Estado⁴⁷. En segundo lugar, como ya se señaló anteriormente, la gran mayoría de la expresión en Internet poco tiene que ver con cuestiones de interés público, no obstante, sí con la cultura popular, con las costumbres de la misma índole y con las preocupaciones cotidianas de la vida de las personas⁴⁸.

Mucho antes de la aparición de la Internet, en el siglo XX se produjo un gran avance tecnológico en las comunicaciones. Este fue el desarrollo de los *mass media*: radio, televisión, cine, cable y la transmisión vía satélite. Al mismo tiempo, los periódicos se concentraron cada vez más en manos de un número relativamente reducido de propietarios. El resultado de aquello, fue que sólo una cantidad pequeña de personas que tenían la capacidad de hablar usando los medios de comunicación más poderosos de su tiempo. La organización social del discurso y el entorno mediático en el que se produjo este fenómeno había creado una enorme tensión en la teoría de la libertad de expresión gestada en el siglo XX. Solo cuando los tribunales comenzaron a proteger el derecho formal de todos los estadounidenses a expresarse, la realidad práctica fue que los ciudadanos no eran capaces de comunicarse e influir en los demás en igualdad de condiciones. Las voces más poderosas eran relativamente pocas en número y el grado de desigualdad prácticamente se aceleraba a medida que el siglo avanzaba⁴⁹. No solo era limitada la propiedad de los medios de comunicación, sino que también, los propios medios eran unidireccionales: el altavoz habló y el público escuchó, con muy pocas oportunidades de hablar de nuevo. La gente puede escuchar y recibir información, pero no pueden ser radiodifusores por sí mismos.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁹ Véase BARRON, Jerome A. "Access to the Press—A New First Amendment Right", en *Harvard Law Review*. 80. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1967, pp. 1641 y ss.; FISS, Owen M. "Free Speech and Social Structure", en: *Iowa Law Review*. 71. Iowa, Estados Unidos: University of Iowa Press, 1986, pp. 1405 y ss.

Muchos teóricos de la libertad de expresión durante el siglo XX decidieron hacer una virtud de lo que ellos consideraban como una necesidad. Después de Alexander Meiklejohn, ellos argumentaron que todo el propósito de la libertad de expresión era proporcionar la información necesaria para el autogobierno democrático y la deliberación sobre asuntos de interés público en una república grande como los Estados Unidos⁵⁰. Eso derivó en que Meiklejohn y sus seguidores argumentaran que el punto de la libertad de expresión no estaba asegurando la autonomía individual, sino más bien resguardaba que el público estaba bien informado y que sus hijos podrían abordar las contingencias actuales, lo que lógicamente haría que votasen por personas que los representen⁵¹. Esta visión del siglo XX y la influencia de los *mass media* del mismo período, voluntariamente sacrificó los valores de la autonomía y la participación creativa a favor de los objetivos de informar al público y establecer una agenda pública apropiada⁵². Meiklejohn lo expresó mejor en su brocardo que versaba acerca de que lo que es importante en un sistema de libertad de expresión no es que todo el mundo puede hablar, pero que “todo lo que vale la pena decir se dirá”⁵³.

Esta visión, sin embargo, bien adaptada al entorno mediático del siglo XX, parece muy pobre en el siglo XXI. Los *mass media*, sin duda, seguirán siendo un elemento importante de nuestra vida pública durante muchos años. Pero necesitaremos una teoría de la libertad de expresión que reconozca que los cambios tecnológicos han hecho posible que un gran número de personas pueda difundir y publicar a todo el mundo; para ser oradores; para ser productores activos de contenido.

Cuando un gran número de personas utilizan estas tecnologías para hablar, van a establecer sus propias agendas y así, expresar sus propias preocupaciones, que pueden ser personales y culturales o bien, pueden trascender al Estado-nación. De este modo, las tecnologías digitales del siglo XXI hacen salir a los aspectos más destacados de la “expresión” que siempre estuvieron presentes en algún grado⁵⁴. La expresión digital así como el habla en general, oscila sobre el conjunto de la cultura y solo es en cierta medida que se conectan a la política, a la preocupa-

⁵⁰ Cfr. MEIKLEJOHN, Alexander. *Political freedom: the constitutional powers of the people*. Michigan, Estados Unidos: Harper, 1960; Véase también FISS, Owen M., *The Irony of Free Speech*. Cambridge (MA), Estados Unidos. Harvard University Press, 1998; SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of Free Speech*. Nueva York, Estados Unidos: Simon & Schuster, 1995; Fiss, op. cit. (n.49); FISS, Owen M. “Why the State?”, en: *Harvard Law Review*. 100. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1987, pp. 781 y ss.; KALVEN Jr. Harry. “The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment,” en: *Supreme Court Review*. 1964. Chicago, Estados Unidos: 1964, pp. 191y ss.

⁵¹ MEIKLEJOHN, op. cit. (n.50), pp. 24–27.

⁵² Una vision general en Post, Robert. “Meiklejohn’s Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse”, en: *University of Colorado Law Review*. 64. Colorado, Estados Unidos: University of Colorado Press, 1993, pp. 1109 y ss.

⁵³ MEIKLEJOHN, op. cit. (n.50), pp. 26 y 55 (La Primera Enmienda “no tiene ninguna preocupación por las necesidades de muchos hombres para expresar sus opiniones”, sino que se ocupa de “las necesidades comunes de todos los miembros del cuerpo político”).

⁵⁴ BALKIN, op. cit. (n.21) pp. 1–4.

ción central de las teorías de la deliberación democrática⁵⁵. La expresión digital –así también la generalidad–, es interactiva, ya que las personas se hablan entre sí constantemente. Ellos participan en comunidades virtuales, las que son utilizadas para construir cosas juntos. Por último, la expresión digital es oportunista y se apropia de otros discursos. En esta línea, la gente toma la cultura en que se encuentra y construye sobre lo que otros han hecho. De igual manera, ellos capturan el trabajo de los medios de comunicación y lo obrado por otras personas, criticando, objetando, parodiando, mejorando y sintetizando⁵⁶. Quienes se apropian de los discursos en la red, crean *mashups*⁵⁷, hacen bricolaje, simplifican, elaboran. También ellos hacen lo nuevo a partir de lo viejo, copian, roban, repiten y repitiendo, alteran⁵⁸.

Por un lado, la gran tensión en la teoría de la libertad de expresión del siglo XX fue el incremento de la protección de la libertad formal para hablar en el contexto de las tecnologías de difusión masiva, una libertad prácticamente reservada para unos pocos⁵⁹. Por otro, la tensión en el siglo XXI de la teoría de la libertad de expresión será un poco diferente. Las nuevas tecnologías no solo ofrecen a los ciudadanos ordinarios una amplia gama de nuevas oportunidades de hablar, crear y publicar, sino que también la posibilidad de descentralizar el control sobre la cultura, sobre la producción de información y el acceso a las audiencias masivas. Sin embargo, estas mismas tecnologías también hacen que los productos de información y cultura sean cada vez más valiosos, de modo que puedan ser comprados y vendidos (exportados) a los mercados de todo el mundo. Estos dos efectos, –la participación y la propietarización– son producidos por el mismo conjunto de avances tecnológicos, que entrarán en conflicto unos con otros, así como las tecnologías que crean nuevas posibilidades para la participación en la cultura democrática que amenazan los modelos de negocios que buscan mercantilizar el conocimiento y el control de su acceso y distribución⁶⁰. La propiedad intelectual y el derecho de las telecomunicaciones son el terreno en el que esta lucha va a ocurrir, pero lo que hoy está en juego es la estructura práctica de la libertad de expresión en el nuevo siglo.

Esto me lleva a mi último punto acerca de la transformación de la libertad de expresión en la era digital. En esta, la protección de los valores de ese principio será cada vez menos un problema de derecho constitucional, sin perjuicio de que esta protección se mantendrá en un lugar importante, la problemática estará en el campo de la tecnología y la regulación administrativa. Los dos puntos con los que inicié: la neutralidad en la red y los límites de responsabili-

⁵⁵ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁷ (Nota del traductor) El término se refiere a una página web o aplicación que usa y combina datos, presentaciones y funcionalidad procedentes de una o más fuentes para crear nuevos servicios.

⁵⁸ BALKIN, *op. cit.* (n.21) pp. 46–48.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 16, 43.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 3, 16.

dad de los intermediarios, ejemplifican esta transición. Ninguna cuestión es, estrictamente hablando, una del juez en la jurisprudencia de la Primera Enmienda. Sin embargo, ambos afectan a la estructura de acceso a los medios y la naturaleza de la libertad de expresión en Internet.

En el caso *Reno contra ACLU*, la Corte Suprema señaló –y saludó– las múltiples posibilidades de la Internet para la libre expresión⁶¹. No obstante, la Internet no es un fallo de la Corte Suprema, sino que es un conjunto de tecnologías que se han diseñado de manera determinada y que están sujetas a diversas formas de regulación. Las tecnologías digitales, como la propia Internet, no tienen que estar estructuradas de una manera definida. Podemos diseñar un modelo para que promueva la participación y la innovación para un gran número de personas. O podemos diseñarlo para que la Internet sea mucho menos participativa, por lo que se convertiría en un sistema de distribución de contenido bloqueado diseñado solo para grandes empresas, como son hoy, la televisión abierta y la por cable. Los teléfonos celulares siguen siendo en gran medida un sistema cerrado, por ejemplo, podrían convertirse en una nueva plataforma para la innovación tecnológica descentralizada o bien, nunca podrían llegar a ser abiertos en la forma en que la Internet lo ha sido durante su existencia. El diseño tecnológico con la complicidad de la propiedad intelectual y el derecho de las telecomunicaciones, podrían favorecer las estructuras relativamente cerradas como normas y arquitecturas susceptibles de propiedad o bien, hacer lo mismo con las relativamente abiertas, esto es, convertirlas en fácilmente adoptables⁶².

La Internet puede centrarse en un propósito especial, este es, el ser un sistema de transporte de datos, como la televisión por cable o el servicio de telefonía tradicional, o puede seguir siendo un sistema de propósito general para la información móvil que permita un montón de diferentes modelos de negocio y experimentos con nuevos servicios y aplicaciones. Estas decisiones tienen consecuencias reales para el sistema de la libertad de expresión. Los valores de la libre expresión dependen cada vez más de las políticas que promueven la innovación y también, mantienen a las empresas encargadas de bloquear nuevas ideas, servicios y aplicaciones. Estos conjuntos a su vez, dependen de las decisiones regulatorias de mantener a la Internet abierta, ya sea mediante la limitación de responsabilidad (como en el caso del artículo 230) o por un comportamiento contrario a la libre competencia (como en el caso de las reglas de neutralidad en la red).

Un número cada vez mayor de los temas y controversias que más seriamente afectan los valores de libertad de expresión, predigo, serán las preguntas técnicas y reglamentarias como esas, en lugar de preguntas del juez-creador de derecho de la Primera Enmienda. Esto es así,

⁶¹ *Reno contra ACLU*, 521 U.S. 844, 851–53 (1997).

⁶² ZITTRAIN, Jonathan. *The future of the Internet (And how to stop it)*. New Haven, Estados Unidos: Yale University Press, 2008 (haciendo hincapié en la importancia de la “generatividad” en estructuras y aplicaciones de Internet); LESSIG, *op. cit.* (n.12), pp. 120–21 (argumentando a favor de estructuras abiertas que promuevan la innovación); cf. DENARDIS, Laura & TAM, Eric. *Open Documents and Democracy: A Political Basis for Open Document Standards*, pp. 4–5, 25 (01 Nov, 2007) (Manuscrito no publicado, del archivo de Yale Information Society Project), <En línea> Consultado el 15 de Enero de 2009. Disponible en la World Wide Web: at <http://www.ifap.ru/library/book255.pdf> (argumentando que los estándares tecnológicos abiertos promueven los valores democráticos).

porque los tribunales no están institucionalmente adecuados para abordar estas cuestiones a través del derecho constitucional. Aunque serán ellos, los llamados a interpretar los estatutos y reglamentos administrativos, puesto que no pueden diseñar tecnología por sí mismos u ordenar que algo sea diseñado de manera particular.

Esto no quiere decir que el litigio constitucional en estas áreas cesará, pero con frecuencia tendrá un propósito muy diferente.

Los proveedores de servicios de red, emisoras y compañías de cable, -como lo han hecho en el pasado-, invocarán argumentos de la Primera Enmienda para resistir la regulación gubernamental, y de esa forma, proteger los negocios que tienen asociados. Los desafíos de la Primera Enmienda respecto de las normas de concentración de los medios son un primer ejemplo. En un segundo, consideraría al argumento que señala que las reglas de neutralidad en la red que lejos de ser requeridas por la libertad de expresión, en realidad violan la Primera Enmienda debido a que interfieren con el control de los proveedores de servicios sobre su tecnología de comunicaciones. Esto inserta a la doctrina constitucional en el diseño de la red en una postura inflexible y particularmente inútil. Si los tribunales interpretan mal la Primera Enmienda, o sea, de esta manera, no van a promover los valores de la libertad de expresión, sino que van a crear obstáculos para su realización⁶³.

Los valores de la libertad de expresión, predigo, cada vez se fundirán con un conjunto más amplio de preocupaciones acerca de la mejor manera de producir conocimiento y promover la innovación en materia de tecnologías de la información y servicios. Finalmente, llegaremos a ver los valores de la libertad de expresión como parte de un conjunto más amplio de inquietudes que yo llamo “la política del conocimiento y la información”⁶⁴. De hecho, al final veremos a la Primera Enmienda como los jueces la han construido en el siglo XX, o sea, como un subconjunto importante de la política del conocimiento y la información. Las doctrinas acerca de la libertad de expresión son, sin duda, un método para promover el crecimiento del conocimiento en la sociedad y de la libertad individual en un mundo cada vez más dominado por la tecnología de la información. Pero no son el único medio, ya que hay algunos aspectos en que son realmente muy limitadas.

¿Cuáles son los objetivos de la política de información y conocimiento? Entre ellos se cuentan:

- Promover la producción y difusión de información valiosa.
- El desarrollo de una esfera pública saludable y vibrante de conocimiento y opinión.

⁶³ Véase BALKIN, *op. cit.* (n.21) pp. 19–24 (explica cómo las compañías de telecomunicaciones regularmente invocan la Primera Enmienda para combatir regulación de las empresas); BALKIN, Jack M. “How Rights Change: Freedom of Speech in the Digital Era”, en: *Sydney Law Review*. 26. Sydney, Australia: 2004, pp. 5 y ss.

⁶⁴ BALKIN, *op. cit.* (n.14) p. 933.

- Asegurar que la producción de conocimiento y la formación de opinión proviene de un conjunto amplio y diverso, y antagonistas de fuentes.
- Fomentar una amplia participación en la producción y difusión de conocimientos.
- El desarrollo de las capacidades humanas a través de la garantía del acceso generalizado a la tecnología del conocimiento y de la información.
- Instituciones de protección y fomento dedicadas a la producción de conocimiento y la formación de opinión.
- Promoción de la innovación en la producción de conocimientos e información y difusión.

Aunque ya he dicho estas metas en abstracto, es fácil ver cómo se entrecruzan con las preocupaciones de la jurisprudencia de la Primera Enmienda, pero también lo es, el ir más allá de ellos. Para dar solo un ejemplo, la ley de propiedad intelectual está profundamente preocupada por la creación de incentivos para la producción y difusión de conocimientos, pero no es lo mismo que el derecho de la Primera Enmienda. Del mismo modo, el objetivo de promover la innovación en la producción de conocimiento y tecnología de la información se solapa con ello, pero no es idéntico al de los valores de la libertad de expresión.

En la era digital, la protección judicial de los derechos de la Primera Enmienda seguirá siendo muy importante, pero si estoy en lo correcto acerca de la trayectoria de los debates sobre las políticas futuras, nuestra atención se desplaza cada vez más hacia cuestiones de diseño, tanto institucionales como tecnológicas, que en gran parte escapan a la competencia judicial. Los actores clave en asegurar que los valores de la libertad de expresión en esta época, serán las legislaturas, las agencias administrativas y los tecnólogos.

De hecho, se podrían resumir muchos aspectos de la política del conocimiento y la información en la concesión original de poder al Congreso por parte de nuestra Constitución con el fin de “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles.”⁶⁵ En 1787 la palabra “ciencia” se refería a cualquier cuerpo organizado de conocimientos o el aprendizaje, incluyendo el estudio de los clásicos o la literatura, y las llamadas “artes útiles”, el concepto corresponde más de cerca a lo que hoy llamaríamos ingeniería o tecnología⁶⁶. También vale la pena señalar que la Constitución otorga este poder para promover el progreso no al poder judicial, sino que a la rama legislativa. Sin duda, la “cláusula del progreso” especifica una forma de lograr estos objetivos, –la creación de la propiedad intelectual–, pero no hay duda de que en estos días el Congreso pueda

⁶⁵ U.S. CONST. Art. I, § 8, cl. 8.

⁶⁶ Véase WALTERSCHEID, Edward C. “To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution”, en: *John Marshall Review Intellectual Property Law*, 2. Chicago, Estados Unidos: 1994, pp. 51–53.

estimular el crecimiento y la diseminación del conocimiento a través de otros medios, incluidas las subvenciones para la investigación científica, el apoyo educativo, los subsidios postales, y la creación de bibliotecas.

En estos días, debemos leer la “cláusula del progreso” concordándola con la Primera Enmienda, pues juntos establecen un conjunto interrelacionado de objetivos y valores, siendo estos: proteger el desarrollo del conocimiento y de la opinión a través de la garantía de la libertad de expresión, de prensa, de petición y de reunión, así como también, a través de políticas destinadas a promover el crecimiento y el acceso a los conocimientos. Las dos cláusulas vienen del siglo XVIII. Sin embargo, su combinación tiene cada vez más sentido en el siglo XXI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALKIN, Jack M. “Media Access: A Question of Design”, en: *Georgetown Washington Law Review*. Vol. 76. Washington D.C., Estados Unidos: Georgetown University Press, 2008, pp. 933 y ss.
- _____. “Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”, en: *New York University Law Review*. Vol. 79. Nueva York, Estados Unidos: New York University Press, 2004, pp. 1 y ss.
- _____. “Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds”, en: *Virginia Law Review*. 90. Charlottesville (VA), Estados Unidos: University of Virginia Press, 2004, pp. 2043 y ss.
- _____. “Free Speech and Hostile Environments”, en: *Columbia Law Review*. 99. Columbia, Estados Unidos: Columbia University Press, 1999, pp. 2295 y ss.
- _____. “How Rights Change: Freedom of Speech in the Digital Era”, en: *Sydney Law Review*, 26. Sydney, Australia: 2004, pp. 5 y ss.
- BARRON, Jerome A. “Access to the Press—A New First Amendment Right”, en *Harvard Law Review*, 80. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1967, pp. 1641 y ss.
- BENKLER, Yochai. “Property, Commons, and the First Amendment: Towards a Core Common Infrastructure”, en: *White Paper for the First Amendment Program, Brennan Center for Justice at NYU Law School, New York, N.Y.* (3), 2001. <En línea> Consultado el 15 de Enero de 2009. Disponible en la World Wide Web: <http://www.benkler.org/WhitePaper.pdf>
- CRAWFORD, Susan. “The Internet and the Project of Communications Law”, en: *UCLA Law Review* Vol. 55. Los Angeles (CA), Estados Unidos: UCLA University Press, 2007, pp. 359 y ss.
- DE NARDIS, Laura & TAM, Eric. *Open Documents and Democracy: A Political Basis for Open Document Standards*, pp. 4–5, 25 (01 Nov, 2007) (Manuscrito no publicado, en archivo de Yale Information Society Project), <En línea> Consultado el 15 de Enero de 2009. Disponible en la World Wide Web: [at http://www.ifap.ru/library/book255.pdf](http://www.ifap.ru/library/book255.pdf)
- FISS, Owen M. “Free Speech and Social Structure”, en: *Iowa Law Review*, 71. Iowa, Estados Unidos: University of Iowa Press, 1986, pp. 1405 y ss.
- _____. *The Irony of Free Speech*. Cambridge (MA), Estados Unidos. Harvard University Press, 1998.
- _____. “Why the State?”, en: *Harvard Law Review*, 100. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1987, pp. 781 y ss.
- FRISCHMANN, Brett M. “An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management”, en: *Minnesota Law Review*, Vol. 89. Minnesota, Estados Unidos: University of Minnesota Press, 2005, pp. 917 y ss.

- FRISCHMANN, Brett M. y VAN SCHEWICK, Barbara. "Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: A Reply to Professor Yoo", en: *Jurimetrics Journal* 47. Tempe, Estados Unidos: 2007, pp. 383 y ss.
- FRISCHMANN, Brett M. y LEMLEY, Mark A. "Spillovers", en *COLUM. L. REV.* Vol. 107. Columbia, 2007, pp. 257 y ss.
- HERMAN, Bill D. "Opening bottlenecks: On Behalf of Mandated Network Neutrality" en: *Federal Communications Commission Law Journal*, Vol. 59. Washington D.C., Estados Unidos: 2006, pp. 103 y ss.
- KALVEN JR. Harry. "The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment," en: *Supreme Court Review*, 1964. Chicago, Estados Unidos: 1964, pp. 191 y ss.
- KREIMER, Seth F. "Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link", en: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol 155. Pennsylvania, Estados Unidos: University of Pennsylvania Press, 2006, pp. 11 y ss.
- LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*. Nueva York, Estados Unidos: Random House, 2001.
- LIPTAK, Adam. "Verizon Reverses Itself on Abortion Messages", N.Y. TIMES. <En línea> Consultado el 28 de Septiembre de 2007. Disponible en la World Wide Web: <http://www.nytimes.com/2007/09/28/business/28verizon.html>.
- MAY, Randolph J. "Net Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age", en: *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 3. Idaho, Estados Unidos: 2007, pp. 197 y ss.
- MEIKLEJOHN, Alexander. *Political freedom: the constitutional powers of the people*. Michigan, Estados Unidos: Harper, 1960.
- MEYERSON, Michael I. "Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the 'Speaker' Within the New Media", en: *Notre Dame Law Review*, 71. Notre Dame, Estados Unidos: 1995, pp. 79 y ss.
- POST, Robert. "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", en: *University of Colorado Law Review*. 64. Colorado, Estados Unidos: 1993, pp. 1109 y ss.
- RUPERT, Benjamin. "The 110th Congress and Network Neutrality: S. 215—The Internet Freedom Preservation Act, 18" en: *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, 18 (2). Chicago, Estados Unidos: 2008, pp. 325 y ss.
- STELTER, Brian. "To Curb Traffic on the Internet, Access Providers Consider Charging by the Gigabyte" N.Y. TIMES. <En línea> Consultado el 15 de Junio de 2008. Disponible en la World Wide Web: <http://www.nytimes.com/2008/06/15/technology/15cable.html?pagewanted=1>.
- SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of Free Speech*. Nueva York, Estados Unidos: Simon & Schuster, 1995.
- SVENSSON, Peter. "Comcast Blocks Some Internet Traffic" S.F. CHRO. <En línea> Consultado el 19 de Octubre de 2007. Disponible en la World Wide Web: <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/n/a/2007/10/19/financial/f061526D54.DTL&feed=rss.business>.
- TRIBE, Laurence. "Plenary Address: Freedom of Speech and Press in the 21st Century: New Technology Meets Old Constitutionalism". <En línea> Consultado el 21 de Agosto de 2007. Disponible en la World Wide Web: <http://www.tvworldwide.com/events/pff/070819/default.cfm?id=8801&type=wmhigh&test=0>
- VAN SCHEWICK, Barbara. "Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation", en: *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 5. Colorado, Estados Unidos: 2007, pp. 329-391.
- WALTERSCHEID, Edward C. "To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution", en: *John Marshall Review Intellectual Property Law*. 2. Chicago, Estados Unidos: 1994.
- WEISER, Phillip J. "Toward a Next Generation Regulatory Strategy", en: *Loyola University Chicago Law Journal*. Vol. 35. Chicago, Estados Unidos: 2003, pp. 41 y ss.

- WILSON, Scot. "Corporate Criticism on the Internet: The Fine Line Between Anonymous Speech and Cybersmear", en: *Pepperdine Law Review*. Vol. 29. Malibú, Estados Unidos: 2002, pp. 533 y ss.
- Wu, Tim. "The Broadband Debate, A User's Guide", en: *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 3. Colorado, Estados Unidos: 2004, pp. 69 y ss.
- _____. "Network Neutrality, Broadband Discrimination", en: *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2. Colorado, Estados Unidos: 2003, pp. 141 y ss.
- Yoo, Christopher S. "Network Neutrality and the Economics of Congestion", en: *Georgetown Law Journal*, Vol. 95. Washington D.C., Estados Unidos: Georgetown University Press, 2006, pp. 1847 y ss.
- _____. "Beyond Network Neutrality", en: *Harvard Law Review*, Vol. 19. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2005, pp. 1 y ss.
- _____. "Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Broadband Competition?: A Comment on the End-to-End Debate", en: *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 3. Colorado, Estados Unidos: 2004, pp. 23 y ss.
- ZITTRAIN, Jonathan. *The future of the Internet (And how to stop it)*. New Haven, Estados Unidos: Yale University Press, 2008.