

A world map with a grid of latitude and longitude lines, rendered in a light blue color against a darker blue background. The map is centered on the Atlantic Ocean, showing the Americas on the left and Europe and Africa on the right.

LA POLÍTICA DE MEDIOS DE ESTADOS UNIDOS Y LA REVOLUCIÓN GLOBAL DE LA INFORMACIÓN

Robert Corn-Revere

Working Paper nº 26, Julio 2011



www.plataformademocratica.org

La política de medios de Estados Unidos y la revolución global de la información

Robert Corn-Revere

I. Introducción

Estados Unidos ha transformado la accesibilidad de medios de banda ancha en una prioridad nacional. En 2009, el Congreso orientó a la *Federal Communications Commission* (FCC) a desarrollar un Plan Nacional de Banda Ancha para garantizar a cada norteamericano el “acceso a la capacidad de banda ancha”. Esto exigió que el plan incluyese una estrategia detallada para maximizar un servicio de banda ancha a precio accesible a fin de promover "el bienestar del consumidor, la participación cívica, la seguridad pública y seguridad interna, el desarrollo de la comunidad, la prestación de servicio de salud, la independencia y eficiencia energética, educación, entrenamiento de funcionarios, inversión del sector privado, la actividad emprendedora, la creación de empleo y el crecimiento económico y otros fines nacionales".¹ El Plan Nacional de Banda Ancha es una prioridad máxima para la administración Obama y para la FCC bajo su actual presidente, Julius Genachowski.

En los términos del presente mandato, la FCC divulgó su Plan Nacional de Banda Ancha en marzo de 2010, estableciendo seis objetivos de política:

1. Por lo menos 100 millones de hogares en Estados Unidos deben tener acceso a precios asequibles a velocidades reales de *download* de por lo menos 100 megabits por segundo y velocidades reales de *upload* de por lo menos 50 megabits por segundo.
2. Estados Unidos debe liderar el mundo en innovación móvil, con las redes inalámbricas más rápidas y más extensas entre todas las naciones.
3. Todos los norteamericanos deben tener acceso a precios asequibles a servicios robustos de banda ancha y a los medios y habilidades para suscribirse a tales servicios, si así eligieran.
4. Toda comunidad en los Estados Unidos debe tener acceso a precios asequibles a servicios de banda ancha de por lo menos 1 gigabit por segundo para anclar instituciones tales como escuelas, hospitales y edificios gubernamentales.
5. Para garantizar la seguridad del pueblo estadounidense, cada socorrista debe tener acceso a una red pública segura de banda ancha, nacional, inalámbrica e interoperable.

¹ American Recovery and Reinvestment Act of 2009, Pub. L. No. 111-5 (2009).

6. Para garantizar el liderazgo de Estados Unidos en la economía de energía limpia, todos los estadounidenses deben ser capaces de utilizar la banda ancha para acompañar y administrar en tiempo real su consumo de energía.

Otra sección del Plan que trata del "compromiso cívico" hizo una serie de recomendaciones destinadas a crear un gobierno abierto y transparente, construir un robusto ecosistema de medios digitales, ampliar el compromiso cívico a través de los medios sociales, aumentar la innovación en el gobierno y modernizar el proceso democrático.²

Aunque la demanda por un plan nacional se haya originado en la identificación de que Estados Unidos ha sido superado por otras naciones desarrolladas en la implantación de la banda ancha, su inclusión como parte de la legislación de estímulo económico lo transformó en algo más que un simple marco de referencia para la política de comunicación. El foco amplio de sus metas indicó que la política de comunicación pasaba a ser considerada como parte integrante de los principales aspectos de la política interna, y, en cierta medida, de la política externa, incluyendo la seguridad nacional, salud, educación, empleo y consumo de energía. Él también ilustró en qué medida Internet surgió como la pieza central de la emergente política de comunicación de Estados Unidos, a pesar de las conclusiones anteriores del Congreso de que "Internet y otros servicios interactivos de informática han florecido, en beneficio de todos los norteamericanos, con un mínimo de regulación del gobierno".³ En suma, el Plan Nacional de Banda Ancha lanzó Internet como parte de un enorme proyecto de obras públicas.

La cuestión fundamental que se presenta es cómo esa visión de Internet puede ser conciliada con el abordaje histórico de la política de medios en Estados Unidos. En algunos aspectos, la relación entre el Plan Nacional de Banda Ancha y la regulación de los medios de comunicación tradicionales es bastante directa. Por ejemplo, el plan prevé que las emisoras renuncien hasta de 120 MHz del espectro de acceso a banda ancha sin cable, con los canales de 46 a 51 reasignados hasta 2015. Sería necesario un total de 300 MHz, con el servicio móvil de satélite devolviendo 90 MHz.⁴ Además, la FCC adoptó reglas de "neutralidad de red", discutidas en más detalles abajo, para exigir de los proveedores de red de banda ancha que provean acceso sin discriminación "no razonable" entre los usuarios.

Pero preguntas más profundas surgen de cuestiones que van al núcleo de la política de medios: ¿cómo la transición a la banda ancha afectará las políticas gubernamentales que regulan los medios más tradicionales? ¿Las justificaciones históricas para imponer el control gubernamental se marchitarán a medida que los nuevos medios se vuelvan más omnipresentes, o el gobierno empleará patrones regulatorios concebidos para los medios más antiguos como modelo para controlar las nuevas tecnologías de comunicación? Si eso ocurriera, ¿cuáles teorías jurídicas serán usadas para sustituir las justificaciones que

² CONNECTING AMERICA: THE NATIONAL BROADBAND PLAN, pp. 297-310 (March 17, 2010) (disponible en <http://www.broadband.gov/plan/>).

³ 47 U.S.C. Sec. 230(a)(4).

⁴ John Eggerton, *FCC Broadband Plan: FCC Sets 2015 Spectrum Deadline*, BROADCASTING & CABLE, March 15, 2010.

fueron modeladas para las características específicas de los medios de comunicación más antiguos?

Tal vez más importante aún, ¿cómo el Plan Nacional de Banda Ancha y las otras políticas emergentes abordarán los cambios revolucionarios en el sector de medios que han amenazado los modelos de negocios en los cuales se basan los medios tradicionales? ¿Y cómo serán provistos tales "bienes públicos", como el periodismo de calidad, esenciales para mantener el discurso público?. Dos agencias del gobierno federal comenzaron las búsquedas para descubrir cómo los valores periodísticos serán preservados en la Era Digital. La *Federal Trade Commission* (FTC) anunció en 2009 un proyecto para examinar los desafíos enfrentados por el periodismo en la era de Internet.⁵ En particular, la búsqueda exploró el impacto de Internet en los medios de noticias, incluyendo sus efectos en la innovación y los desafíos financieros que creó para la industria.

De la misma forma, la FCC procuró evaluar todos los medios – de los periódicos a Internet - y formuló muchas preguntas con el objetivo de hacer recomendaciones de política. Entre otras cosas, la comisión preguntó si las obligaciones de interés público, históricamente aplicadas a los medios de transmisión deberían ser "reforzadas, relajadas o reconceptualizadas", y si "deberían ser aplicadas a una gama más amplia de medios de comunicación o empresas de tecnología, o ser limitadas en su alcance".⁶ El informe resultante, divulgado el 9 de junio de 2011, reconoció que los abordajes políticos anteriores no se adaptaban bien al ambiente de los nuevos medios, y que el gobierno podría no ser el *player* más importante para garantizar que las necesidades informacionales de los ciudadanos sean atendidas.⁷

II. ¿El Mejor y el Peor de los Tiempos para la Política de Medios?

En muchos aspectos, el surgimiento inesperado de Internet como un medio dominante cumplió las metas frecuentemente manifestadas por los formuladores de políticas. Por primera vez, ella estableció un medio de comunicación verdaderamente democrático. Como la Suprema Corte de los Estados Unidos explicó en 1997, Internet es un medio único y totalmente nuevo de comunicación humana mundial. Cualquier persona con acceso a Internet podrá usufructuar una amplia variedad de comunicación y métodos de recuperación de información. Este medio único, conocido por sus usuarios como ciberespacio, no está localizado en ningún local geográfico específico y no tiene ningún punto de control centralizado, pero está disponible para cualquier persona, en cualquier lugar del mundo con acceso.⁸ La Corte describió la información disponible en Internet como siendo tan "diversa como el pensamiento humano", con la capacidad de proveer acceso instantáneo a temas que van desde "la música de Wagner a la política de los Balcanes, de la prevención del SIDA a los Chicago Bulls".⁹ Un juez de primera

⁵ Federal Trade Commission, *From Town Crier to Bloggers: How Will Journalism Survive the Internet Age?*, 74 Fed. Reg. 51605 (October 7, 2009).

⁶ *FCC Launches Examination of the Future of Media and Information Needs of Communities in a Digital Age*, DA 10-100 (publicado el Jan. 21, 2010) at 1, 6 ("Future of Media Inquiry").

⁷ THE INFORMATION NEEDS OF COMMUNITIES: THE CHANGING MEDIA LANDSCAPE IN A BROADBAND AGE (June 9, 2011) (www.fcc.gov/inforneedsreport) ("FCC Report").

⁸ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 849-852 (1997) ("*Reno I*").

⁹ *Id.* at 851.

instancia en el caso, también caracterizó Internet como "una conversación mundial sin fin" y "la forma más participativa de expresión masiva ya desarrollada". Agregó que "Internet es un medio de refuerzo del discurso mucho más efectivo que el medio impreso, la plaza de la ciudad y los e-mails".¹⁰ La Suprema Corte concordó con esta caracterización, observando que "a través del uso de salas de charla, cualquier persona con una línea de teléfono puede tornarse un heraldo con una voz que resuene más lejos de lo que lo haría desde cualquier podio. Por medio del uso de páginas web, de disparadores de e-mail y de grupos de discusión (*newsgroups*), el mismo individuo puede tornarse un panfletista".¹¹ En síntesis, Internet ha puesto a disposición más información para más personas que nunca antes.

Internet también puso un punto final en la singularidad de la función que caracterizó los medios de comunicación de masa anteriores, volviéndose difícil rotularlos. La televisión, por ejemplo, tradicionalmente prestaba apenas una forma de comunicación de uno-para-muchos. Por otro lado, el teléfono en gran parte sólo proveía una forma de comunicación en los dos sentidos de uno-para-uno. En contrapartida, Internet permite varias formas de comunicación, incluyendo mensajes de uno-para-uno, de uno-para-muchos, bases de datos distribuida de mensajes, la comunicación en tiempo real, computación remota en tiempo real y la recuperación remota de información. Las informaciones transmitidas pueden asumir la forma de texto, audio, video o una combinación de cada uno de esos modos de comunicación. Y los tipos de servicios disponibles continúan evolucionando en la dirección de una experiencia más personalizada a través de la conectividad inalámbrica y de diversas formas de medios sociales.

Tales cambios revolucionarios en los medios de comunicación previsiblemente resultaron en una convulsión en los medios tradicionales. Como un hombre en un bote salvavidas muriendo de sed, a pesar del mar infinito a su alrededor, las empresas de medios establecidas pueden no obtener ninguna ventaja de la abundancia de información disponible hoy globalmente. La combinación de tendencias de disminución de lectores, con la recesión de 2008 y cambios fundamentales en la manera cómo las personas utilizan los medios (y la propaganda) llevó a que algunos describan como una "tormenta perfecta" que debilitó los modelos establecidos de negocio.¹² El surgimiento de sitios web que agregan noticias a partir de fuentes más tradicionales y las hacen disponibles gratuitamente contribuyó para - y aceleró - una tendencia decreciente de largo plazo en las suscripciones de periódicos. Más importante, la disponibilidad de la publicidad online de bajo costo y de anuncios clasificados gratuitos erosionó la base económica del periodismo comercial.

Verdaderamente, estos desarrollos comenzaron mucho antes del advenimiento de Internet. Entre 1965 y 1999, ocho de cada diez diarios estudiados por la *American Journalism Review* han visto desaparecer por lo menos un competidor.¹³ Pero tales

¹⁰ *ACLU v. Reno*, 929 F. Supp. 824, 882-883 (E.D. Pa. 1996) (Dalzell, J.), *aff'd*, 521 U.S. 844 (1997).

¹¹ *Reno I*, 521 U.S. at 870.

¹² Victor Pickard, Josh Stearns & Craig Aaron, *Saving the News: Toward a National Journalism Strategy* (2009) ("*National Journalism Strategy*") at 7.

¹³ Carl Sessions Steg, *State of the American Newspaper, Then and Now*, AMERICAN JOURNALISM REVIEW, September 1999 (<http://bit.ly/eDev0Y>).

tendencias, reforzadas por una recesión económica grave e institucionalizadas por cambios sistémicos en el consumo de medios, tomaron una fuerza alarmante en los últimos años. Entre 2000 y 2010, el ingreso por publicidad de las organizaciones de noticias disminuyó un 45 por ciento.¹⁴ Sólo entre 2008-2009, el ingreso cayó 23 por ciento,¹⁵ y en 2010 el ingreso de los periódicos impresos fue menos de la mitad de lo que era en 2005.¹⁶

Eso, forzosamente, llevó a cortes drásticos en los equipos editoriales en todo el país. El periodismo perdió cerca de 16 mil empleos en 2008, y otros 8 mil fueron cortados en los primeros cuatro meses de 2009.¹⁷ En total, el número de funcionarios en las redacciones de los periódicos creció de 40.000 en 1971 a más de 60.000 en 1992, pero cayó a 40.000 en 2009.¹⁸ La reducción de personal inevitablemente afecta la capacidad de las organizaciones de medios de relatar las noticias. Por ejemplo, entre 2003 y el inicio de 2009, el número de reporteros cubriendo las capitales en Estados Unidos cayó casi 33 por ciento, de 524 a 355.¹⁹

En este ambiente, muchas organizaciones de noticias establecidas hace mucho tiempo cerraron sus puertas o redujeron sus operaciones. Grandes periódicos quebraron en Denver, Seattle y Tucson. La cadena de periódicos *The Tribune*, incluyendo *Los Angeles Times*, *The Chicago Tribune*, *The Baltimore Sun*, *Orlando Sentinel*, y *New York Newsday*, quebró. Cadenas menores de periódicos siguieron el ejemplo, afectando diarios en ciudades importantes, como Minneapolis y Filadelfia. Más de cien diarios redujeron su tirada en determinados días de la semana.²⁰

Esas pérdidas no se limitaron a los medios impresos. Otros medios tradicionalmente sustentados por anunciantes, incluyendo estaciones de radio y televisión, están enfrentando tiempos difíciles y también redujeron sus equipos editoriales.²¹ La audiencia de los programas de noticias de las redes de radiodifusión viene declinando constantemente desde 1980, y actualmente está reducida a la mitad de lo que fue hace tres décadas.²² Los equipos de noticias de las redes de televisión cayeron a la mitad desde la década de 1980, y el número de emisoras locales de radio de noticias cayó de cincuenta, a mediados de los años 1980, a treinta, actualmente.²³

¹⁴ Federal Trade Commission, *Staff Discussion Draft: Potential Policy Recommendations to Support the Reinvention of Journalism* (June 15, 2010) (“Draft FTC Report”) at 2.

¹⁵ State of the News Media 2009, *Media Get More Bad News*, MARKETWATCH, March 12, 2009.

¹⁶ Bill Grueskin, Ava Seave, Lucas Graves, *The Story So Far: What We Know About the Business of Digital Journalism* (Columbia Journalism School, May 2011) (“The Story So Far”) at 8. See *The Report of the Knight Commission on the Information Needs of Communities in a Democracy*, INFORMING COMMUNITIES: SUSTAINING DEMOCRACY IN THE DIGITAL AGE (2009) (“Knight Commission Report”) at 3.

¹⁷ *National Journalism Strategy* at 5.

¹⁸ Leonard Downie, Jr. and Michael Schudson, *The Reconstruction of American Journalism*, COLUMBIA JOURNALISM REVIEW (Oct. 19, 2009) (“Reconstruction of American Journalism”).

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ *National Journalism Strategy* at 6.

²² *The Story So Far* at 8.

²³ *FCC Report* at 10.

Paradójicamente, frente a tales reversiones de negocios, en la industria de medios, el público tiene más acceso que nunca a la información de fuentes más diversificadas. Facebook.com informó que sus usuarios envían cerca de 650.000 comentarios por minuto sobre más de 100 millones de piezas de contenido que hospeda.²⁴ De la misma forma, más de 35 horas de video son enviadas para Youtube.com por minuto.²⁵ Eric Schmidt, ex-CEO de Google, estimó que los seres humanos, hoy, crean tanta información en dos días, como hicieron desde el primer surgimiento del *homo sapiens* hasta 2003.²⁶

No hay barreras de entrada para la publicación online, y, consecuentemente, la práctica del periodismo se volvió mucho más participativa y colaborativa. La FCC concluyó que los ciudadanos "están con más *poder* que nunca" en la medida en que pueden elegir dónde quieren buscar su contenido, cómo compartirlo, y lo están reportando ellos mismos.²⁷ De la misma forma, un informe de *Columbia Journalism Review* observó que "todos, de ciudadanos individuales a agentes políticos pueden recoger informaciones, investigar los poderosos y hacer análisis". Y agregó: "aún si las organizaciones periodísticas desapareciesen masivamente, la investigación, información, análisis y el conocimiento comunitario no desaparecerían".²⁸

Pero el periodismo tradicional no va a desaparecer. Lejos de eso. Las principales organizaciones de noticias se han pasado para el medio online y hoy tienen más lectores y espectadores que nunca. Sesenta y cinco por ciento de las personas con edades entre 18 y 29 años se informan vía Internet - más de tres veces el número que confían en los diarios para informarse, superando a la televisión como la principal fuente de noticias. Aún entre las personas más viejas – entre 50 y 64 años – Internet y los diarios son casi iguales como la principal fuente de noticias.²⁹ Una investigación de enero de 2011 reveló que casi la mitad de los norteamericanos (47 por ciento) consultan algunas noticias e informaciones locales por computador, *tablet* o celular.³⁰

Como consecuencia del creciente número de maneras de conectarse, editores tradicionales actualmente alcanzan sus mayores audiencias de todos los tiempos. Medios de comunicación locales ya no están limitados a un público local. Un periódico comunitario o estación de radiodifusión no están más confinados a su localidad particular y pueden alcanzar una audiencia global. *Los Angeles Times* anunció que la edición online tuvo 195 millones de visualizaciones de páginas en marzo de 2011, con 33 millones de usuarios únicos.³¹ *The New York Times* tiene una circulación diaria en

²⁴ Ken Deeter, *Live Commenting: Behind the Scenes*, Facebook.com, February 7, 2011 (http://www.facebook.com/note.php?note_id=496077348919).

²⁵ *Great Scott! Over 35 Hours Uploaded Every Minute to YouTube*, YouTube.com, November 10, 2010 (<http://youtube-global.blogspot.com/2010/11/great-scott-over-35-hours-of-video.html>).

²⁶ *FCC Report* at 8.

²⁷ *Id.* at 15.

²⁸ *Reconstruction of American Journalism*.

²⁹ *The Story So Far* at 11.

³⁰ *State of the News Media 2011: Mobile News and Paying Online*, Pew Research Center's Project for Excellence in Journalism (<http://bit.ly/fsVAWf>).

³¹ Jimmy Orr, *Latime.com Has Record Page Views in March*, LATIMES.COM, April 8, 2011 (<http://lat.ms/i435ob>).

día de semana de menos de 900 mil diarios, pero tiene más de 30 millones de lectores online.³²

Sin embargo, el aumento de lectores y visualizaciones no impidió la reducción de ingresos porque los modelos de negocios existentes no se trasladan al nuevo ambiente. En la mayoría de los casos, el contenido es ofrecido online gratuitamente, y las noticias producidas por las empresas de medios tradicionales también están disponibles por agregadores de noticias. Pero lo más importante es que el modelo de publicidad fue quebrado. En tanto Internet capturó posiblemente el 28 por ciento del tiempo que los norteamericanos han dedicado a visualizar noticias, en 2009, ella sólo correspondió por el 13 por ciento del ingreso publicitario total.³³ En particular, McClatchy Co., la tercera mayor editora de diarios en Estados Unidos, informó que la cantidad de visitantes únicos diarios locales de sus sitios aumentó 17,3 por ciento en 2010, a pesar de que los ingresos digitales crecieron apenas 2,4 por ciento, en el período.³⁴ De modo general, la FCC constató que, de 2005 a 2009, la publicidad online de toda la industria de noticias creció 716 millones de dólares, en tanto la publicidad impresa del negocio perdió USD 22,6 miles de millones.³⁵ Revisando tales estadísticas, la FTC llegó a la conclusión preliminar de que "parece poco probable que los ingresos por publicidad online sean algún día suficientes para sustituir los ingresos de publicidad impresa que los diarios recibían antes".³⁶

Hay muchas razones para eso, pero la explicación principal proviene de las diferentes maneras a través de las cuales los usuarios consumen medios online y del valor relativo diferente de la publicidad en ese espacio. La mayoría de los usuarios de medios online gasta relativamente poco tiempo en un determinado sitio y, en vez de eso, usa *hiperlinks* para acompañar sus intereses de sitio en sitio. En este contexto, el lector promedio de LATIMES.COM clicó un promedio de seis páginas en marzo de 2011, lo que significa apenas una página cada cinco días en un mes.³⁷ Consecuentemente, un análisis de 2010 de las estadísticas de medios de Nielsen reveló que el promedio de visitantes de un sitio de noticias gasta apenas poco más de tres minutos por sesión.³⁸ En contrapartida, las personas enfocan más la atención en los medios impresos y la publicidad asociada a ellos. Una pesquisa de 2005 descubrió que la mitad de los lectores de diarios de los Estados Unidos destina más de 30 minutos a leer su diario e incluso los lectores menos atentos destinan a la tarea por lo menos 15 minutos.³⁹

Tales diferencias generan diferentes grados de pesimismo sobre el estado del periodismo norteamericano y sobre si el modelo de negocios apoyado en anunciantes

³² *The Story So Far* at 21.

³³ *Morgan Stanley's Meeker Sees Online Ad Boom*, BLOOMBERG BUSINESSWEEK, Nov. 16, 2010 (<http://buswk.co/dP8wQU>).

³⁴ *McClatchy Reports Fourth Quarter 2010 Earnings*, Feb. 8, 2011 (<http://bit.ly/hsfERQ>).

³⁵ *FCC Report* at 17.

³⁶ *Draft FTC Report* at 3.

³⁷ *The Story So Far* at 23.

³⁸ *State of the News Media 2010*, Pew Research Center's Project for Excellence in Journalism (<http://bit.ly/gclRQ2>) (análisis de datos de Nielsen).

³⁹ *The Story So Far* at 23.

fue roto de forma irreversible. La organización progresista Free Press, que defiende mucho más involucramiento gubernamental en la política de medios, proclamó que "el periodismo como institución está desmoronando delante de nuestros ojos, [causando una] crisis que va mucho más allá del fin de los periódicos y alcanza los fundamentos del autogobierno democrático".⁴⁰ Un informe publicado en la *Columbia Journalism Review* presentó una evaluación más realista, que los periódicos y noticieros de televisión "no van a desaparecer en el futuro próximo", pero "tendrán un papel disminuido en el mundo emergente y todavía en rápida mutación del periodismo digital".⁴¹

A pesar de las realidades difíciles que las empresas de medios enfrentan y de las previsiones sombrías sobre su viabilidad futura, hay éxitos notables. Demoró apenas seis años para el blog del sitio web *Huffington Post* pasar de un mero concepto a un negocio avaluado en USD 315 millones en 2011 en su venta para AOL.⁴² Los sitios de noticias de AOL incluyen Patch, que creó sitios web en 800 comunidades locales, habiendo contratado un reportero-editor en cada localidad.⁴³ Los recursos combinados significan que la redacción de AOL ahora tiene más reporteros que *The New York Times*.⁴⁴ Pero tales historias de éxito también ilustran una inversión dramática de la fortuna entre las editoras tradicionales y empresas de los nuevos medios. En marzo de 2001, Apple Computer y Knight-Ridder, antes la segunda mayor editora de periódicos de Estados Unidos, fueron ambas evaluadas en USD 3,8 miles de millones. Diez años más tarde, Knight-Ridder no existe más como empresa independiente, en tanto la evaluación de Apple excede los USD 300 miles de millones.⁴⁵

No se sabe hasta ahora si los ejemplos positivos, como AOL y *The Huffington Post*, podrán compensar las pérdidas de los medios tradicionales. Y aunque lo hagan desde el punto de vista de los negocios, aun restará determinar si la función periodística de los medios de comunicación tradicionales será cubierta por los nuevos medios. Aunque muchos sitios online sean una fuente inagotable de opinión y comentario, así como *links* para otras fuentes de información, los medios de comunicación tradicionales continúan siendo la principal fuente de información original y de periodismo de investigación. Sin un modelo económico sustentable para apoyar las funciones periodísticas tradicionales en los nuevos medios, tanto las investigaciones públicas como las privadas han manifestado preocupación con el futuro del "periodismo de rendición de cuentas (*accountability journalism*)".⁴⁶

Resultados preliminares de la FTC sobre la reinención del periodismo muestran que "los periódicos todavía no encontraron un nuevo modelo de negocio sustentable, y hay

⁴⁰ *National Journalism Strategy* at 6.

⁴¹ *Reconstruction of American Journalism* at 1.

⁴² *The Story So Far* at 12.

⁴³ *FCC Report* at 16-17.

⁴⁴ Henry Blodget, *AOL's Newsroom Is Now Bigger Than The New York Times*, BUSINESS INSIDER, June 8, 2011 (www.businessinsider.com/aols-newsroom-is-now-bigger-than-the-new-york-times-2011-6).

⁴⁵ *Id.* at 1.

⁴⁶ *Ver, por ejemplo, Reconstruction of American Journalism; Knight Commission Report* at 13-15.

razón para preocuparse en que tal modelo de negocio pueda no surgir".⁴⁷ La FCC, por otro lado, fue más optimista. Ella concluyó que "a pesar de los serios desafíos, somos optimistas" y que "si los ciudadanos, empresarios, grupos sin fines de lucro, y las empresas trabajasen colectivamente para llenar las lagunas y continuar beneficiándose de una ola de innovación de medios, la nación por fin tendrá el mejor sistema de medios jamás visto".⁴⁸

III. La Política de Medios de Estados Unidos y el Rompe-cabezas de la Convergencia

Históricamente la política de medios estadounidense ha tratado medios de comunicación diferentes con regímenes regulatorios y constitucionales completamente diferentes, como reconocimiento a las diferentes funciones desempeñadas por cada medio. Ningún régimen único de regulación fue establecido para los medios impresos tradicionales. Pero con el surgimiento de los medios electrónicos al final del siglo XIX y comienzos del siglo XX, comenzando con la telegrafía y telefonía y evolucionando hasta incluir la radiodifusión y las otras tecnologías, Estados Unidos desarrolló regímenes legales y políticas distintas para regular cada medio. Los diferentes abordajes partieron en gran parte de la premisa de que cada una de las tecnologías servía a un propósito diferente, además de la función general de "comunicación". Pero los nuevos medios que emergieron al final del siglo XX e inicio del XXI no desempeñaron funciones únicas o singulares, y, así, debilitaron la premisa de mantenimiento de regímenes jurídicos distintos. Como consecuencia, los nuevos medios son menos propensos a ser delimitados por viejos modelos de regulación, y las razones para tratar a los antiguos medios de forma diferente comenzaron a ser cuestionadas.

Antes del surgimiento de los medios electrónicos, Estados Unidos no poseía un cuerpo legal que pudiese ser pensado como una "política de medios". Históricamente, los periódicos y otras publicaciones estaban sujetos a regulaciones postales y recibieron algunos subsidios postales, pero, por otro lado, no estaban sujetos a los tipos de reglas comúnmente encontradas en las políticas contemporáneas de medios. Una razón para eso es que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos coloca un límite expreso en la capacidad del gobierno de entrometerse muy profundamente en los asuntos de los periódicos. Ella establece, en una parte relevante, que "el Congreso no hará ninguna ley... que restrinja la libertad de expresión del discurso, o de la prensa".⁴⁹ Los contornos de esa protección constitucional no fueron definidos por los tribunales hasta el siglo XX.

Cuando los tribunales comenzaron a desarrollar un cuerpo de derecho de la Primera Enmienda, quedó cada vez más claro que la Constitución dejó poco espacio para la regulación gubernamental sobre la prensa. En 1931, la Suprema Corte anuló una ley municipal sobre perturbación del orden que fue aplicada para cohibir la publicación de un diario sensacionalista de publicar denuncias inflamadas contra funcionarios locales. La Corte describió la ley como "la esencia de la censura" y observó que "el hecho de que la libertad de prensa pueda ser violada por propagadores de escándalo no torna menos necesaria la inmunidad de la prensa contra la restricción previa para lidiar con la

⁴⁷ *Draft FTC Report* at 3.

⁴⁸ *FCC Report* at 10.

⁴⁹ U.S. CONST., amend. I.

mala conducta oficial".⁵⁰ Bajo la legislación vigente desarrollada, el gobierno fue autorizado a aplicar los reglamentos generales de negocios para las empresas de noticias, pero fue impedido de imponer reglas especiales para la prensa. Entre otras cosas, la Corte consideró que el gobierno no podría imponer impuestos especiales a la prensa⁵¹ o exigir de los periódicos que publiquen material que haga una presentación "equilibrada" de las noticias.⁵²

Las decisiones iniciales limitando el poder del gobierno sobre la prensa fueron emitidas en la década de 1930, durante el *New Deal*, al mismo tiempo que el gobierno federal estaba creando comisiones reguladoras independientes para ejercer autoridad reguladora sobre amplios sectores de la economía norteamericana. Una de las nuevas agencias fue la FCC, creada por el *Communications Act* de 1934 para consolidar el poder regulador sobre la telegrafía, telefonía, y el campo emergente de la radiodifusión.⁵³ A diferencia del abordaje más limitado del gobierno en relación a la prensa tradicional, la nueva agencia impuso controles significativos sobre todos los aspectos de las tecnologías bajo su jurisdicción, incluyendo la cuestión sobre si licenciados potenciales podrían prestar cualquier servicio. La autoridad del gobierno para regular se basó en las características únicas de cada medio, y las reglas aplicadas dependían de la forma como cada medio era clasificado. Los portadores comunes o *common carriers* (telégrafo y empresas de telefonía) fueron reglamentados bajo el Título II del *Communications Act* y las emisoras de radiodifusión fueron reglamentadas bajo el Título III.

Las empresas de telégrafo y telefonía fueron reglamentadas como de utilidad pública, con la finalidad de transmitir las comunicaciones de sus clientes. El concepto de transporte común fue desarrollado siglos antes en el derecho consuetudinario inglés (*Common Law*), pero fue codificado en la ley de transporte norteamericana en 1887.⁵⁴ Fue ampliado para los operadores de telefonía y telégrafo por la Ley Mann-Elkins de 1910,⁵⁵ y, más tarde codificado por el *Communications Act*. Las características del servicio de transporte común involucraban la oferta de equipos de comunicación "por las cuales todos los miembros del público que optasen por utilizar tales equipos podrían comunicarse o transmitir datos de su propia creación o elección".⁵⁶ Tales servicios deben ser prestados sin discriminación y a precios razonables, sujetos a supervisión del gobierno. Enmiendas más recientes al *Communications Act* clasificó los portadores comunes como proveedores de servicios de "telecomunicaciones".⁵⁷

La FCC emitió licencias de radiodifusión de radio y televisión para operar bajo el Título III del *Communications Act*. Las licencias son concedidas por un período de ocho años, y las emisoras están sujetas a varios requisitos de "interés público", incluyendo ciertos reglamentos que rigen el contenido editorial. Por ejemplo, los reglamentos federales

⁵⁰ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 713, 720 (1931).

⁵¹ *Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Commissioner of Revenue*, 460 U.S. 575 (1983).

⁵² *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

⁵³ 47 U.S.C. § 151 *et seq.*

⁵⁴ Interstate Commerce Act, ch. 104, 24 Stat. 379 (1887).

⁵⁵ Mann-Elkins Act, Pub. L. No. 61-218, § 7, 36 Stat. 539, 544 (1910).

⁵⁶ *FCC v. Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689, 701 (1979).

⁵⁷ 47 U.S.C. § 153(44), (46).

históricamente exigían de los licenciados proveer cierta cantidad de programación de "interés público", "acceso razonable" a candidatos políticos federales e "igualdad de oportunidades" a candidatos de todos los niveles para responder a los adversarios, además de programación educativa para los niños. Además de eso, las emisoras están prohibidas de vehicular programación "indecente". Para obtener una licencia, la emisora debe atender la exigencia de la FCC, demostrando que está jurídica, técnica y financieramente calificada para operar la estación, y que posee buena índole.⁵⁸ Las licenciatarias deben obtener de la FCC la renovación de sus licencias al final de cada período, así como obtener la aprobación antes de transferir la licencia para otra entidad y están sujetas a restricciones de propiedad limitando su capacidad de adquirir otras estaciones más allá de determinados niveles u otros tipos de medios.⁵⁹

Las reglas de la FCC también restringieron la propiedad de los medios de radiodifusión, con el objetivo de promover el localismo, la diversidad y la competencia en la radiodifusión. Históricamente, la Comisión restringió el número de estaciones de radiodifusión que una única parte puede poseer, tanto en un único mercado como nacionalmente, basada en la teoría de que la diversificación de la propiedad de los medios de comunicación de masas atiende el interés público, promoviendo la diversidad de puntos de vista.⁶⁰ A lo largo del tiempo, las restricciones específicas impuestas por las reglas fueron cambiando y han sido políticamente impugnadas. En 1996, el Congreso aprobó una enmienda al *Communications Act* (Ley de las Comunicaciones) que exigía que la FCC revisase periódicamente las reglas de propiedad para determinar si continuaban siendo necesarias de cara a la evolución de los mercados de medios. Actualmente la FCC está realizando tal revisión.⁶¹

El Congreso agregó nuevas secciones al *Communications Act*, conforme nuevas tecnologías de comunicación eran introducidas. Después que la televisión por cable se tornó un medio de comunicación establecido en EUA, el Congreso agregó el Título VI a la Ley, que estableció un sistema dual de regulación en el cual la FCC impone las reglas federales, en tanto los estados y municipios emiten las franquicias locales, definiendo los territorios geográficos en que los sistemas pueden operar.⁶² A pesar del hecho de que los operadores de TV por cable ofrecen un servicio que es muy parecido con la televisión abierta, las reglas de la FCC son muy diferentes. Los operadores de TV por cable no son licenciados por el gobierno federal, estando sujetos a la franquicia local. Y, a pesar de algunas superposiciones, la FCC no impone el mismo tipo de reglas de "interés público" para los operadores de TV por cable como hace con las empresas de radiodifusión abierta.

Los reglamentos de la FCC también impusieron restricciones a la propiedad a los operadores de TV por cable o aquellos que pretendían prestar servicio de televisión por

⁵⁸ 47 U.S.C. § 308(b).

⁵⁹ *Ver en general*, Zuckman, Corn-Revere, Frieden, and Kennedy, *MODERN COMMUNICATIONS LAW*, Vol. 3, pp. 150-167 (West Group 1999).

⁶⁰ *Ver FCC Report* at 310-311 (resumiendo las reglas de propiedad de la FCC).

⁶¹ *Ver 2010 Quadrennial Regulatory Review – Review of the Commission’s Broadcast Ownership Rules and Other Rules Adopted Pursuant to Section 202 of the Telecommunications Act of 1996*, 25 FCC Rcd. 6086 (2010).

⁶² *Id.* at pp. 1-4.

cable. Durante muchos años, las reglas de la FCC y el *Cable Act* prohibían a las empresas de telefonía prestar servicio de televisión por cable, con la teoría de que permitir la entrada de empresas de telefonía en el mercado de video perjudicaría la libre competencia.⁶³ De la misma forma, el decreto de consentimiento impuesto judicialmente al desmembramiento de AT&T impidió a la empresa de telefonía involucrarse en publicación electrónica.⁶⁴ La lógica subyacente tanto a la prohibición de propiedad cruzada de cable y telefonía y la restricción del decreto de consentimiento de publicación electrónica era la misma. El gobierno alegó que las empresas de telefonía tenían el estímulo y la capacidad de restringir potenciales competidores, y que ellas podrían ejercer ese poder en el futuro para limitar la libertad de expresión. Sin embargo, las empresas de telefonía comenzaron a desafiar esas restricciones a comienzos de los años 1990 y los Circuitos Cuarto y Noveno, así como varios tribunales distritales sustentaban que las restricciones de propiedad cruzada violaban los derechos de la Primera Enmienda de los operadores de telefonía.⁶⁵ La revisión de la Suprema Corte de las decisiones fue suspendida cuando el Congreso derogó la prohibición de propiedad cruzada en la aprobación del *Telecommunications Act* de 1996.⁶⁶ A partir de ese cambio en la política, las empresas de telecomunicaciones se volvieron competidoras vitales en la prestación de servicios de video y banda ancha.⁶⁷

La clasificación de la FCC de cada medio de comunicación determinó cuál cuerpo de ley sería aplicable o no en cada caso concreto. Al respecto, los tribunales consideraban que la Comisión no tenía autoridad para reglamentar una entidad clasificada como una cosa, como si fuese otra. Por ejemplo, el *Communications Act* dice que “una persona comprometida con la radiodifusión no debe... ser considerada un portador común,”⁶⁸ y la Suprema Corte ha sostenido que la Ley “firmemente... rechazó el argumento de que las instalaciones de transmisión deben ser abiertas con base no-selectiva [como un portador común] para todas las personas que desean conversar sobre cuestiones públicas”.⁶⁹ Del mismo modo, la Corte consideró que la FCC no puede imponer obligaciones a operadores de medios comunes de comunicación en sistemas de televisión por cable, porque las operadoras de cable no hacen una oferta “pública de provisión [de instalación de comunicación] en donde todos los miembros del público

⁶³ *Ver en general C&P Tel. Co. of Va. v. United States*, 42 F.3d 181, 186 (4th Cir. 1994), *vacated*, 516 U.S. 415 (1996) (discutiendo los orígenes históricos de la regulación de la TV por cable).

⁶⁴ *Ver United States v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom. Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001 (1983).

⁶⁵ *Ver C&P Tel. Co. of Va.*, 42 F.3d at 202-203; *U.S. West v. United States*, 48 F.3d 1092-1106 (9th Cir. 1994), *cert. granted, judgment vacated*, 516 U.S. 1155 (1996); *Ameritech Corp. v. U.S.* 867 F. Supp. 721, 736 (N.D. Ill. 1994); *BellSouth Corp. v. United States*, 868 F. Supp. 1335 (N.D. Ala. 1994); *Nynex Corp. v. United States*, 1994 WL 779761 (D. Me. 1994); *Southwestern Bell v. United States*, 1995 WL 444414 (N.D. Tex. 1995).

⁶⁶ Pub. L. 104-10, § 302, 110 Stat. 56,118 (1996), *codified as amended at* 47 U.S.C. § 571.

⁶⁷ *Ver Annual Assessment of the Status of Competition in the Market for the Delivery of Video Programming*, 24 FCC Rcd. 542, 604-606 (2009) (“*Thirteenth Annual Video Competition Report*”).

⁶⁸ 47 U.S.C. § 153(10).

⁶⁹ *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94, 105-108 (1973).

que optan por utilizar tales instalaciones pueden comunicar o transmitir datos de su propia producción y elección".⁷⁰

Tales distinciones entre las clasificaciones de regulación de los diferentes medios de comunicación involucran más que meras cuestiones de interpretación legal. Hay más en juego que simplemente determinar qué categoría regulatoria se adecua a determinada tecnología, para que los formuladores de políticas puedan elegir cuáles reglas aplicar. Esto es así porque los tribunales han aplicado diferentes niveles de protección de la Primera Enmienda a diferentes medios, basados en sus clasificaciones regulatorias, lo que puede significar que un determinado medio de comunicación tenga más - o menos - inmunidad en relación a la autoridad política gubernamental, dependiendo de cómo sea clasificado.

Así, el gobierno de Estados Unidos ejerció históricamente una regulación más intrusiva en la radiodifusión de contenido que lo que ejerció en los diarios impresos, basado en las características físicas específicas del espectro electromagnético usado por las emisoras como medio de transmisión de información. La Suprema Corte explicó en el proceso entre la *Red Lion Broadcasting Co.* y la *FCC* que "las diferencias en las características de los nuevos medios de comunicación justifican las diferencias en los modelos de la Primera Enmienda aplicados a ellos" y que "debido a la escasez de radiofrecuencias, el Gobierno tiene permiso para imponer restricciones a los licenciatarios en favor de otros cuyas opiniones se deben expresar a través de este único medio".⁷¹ Regulaciones específicas de programación, como los requisitos de que las emisoras transmitan cierta cantidad de programación educativa, se basan expresamente en esta noción de escasez de espectro.⁷²

Contrariamente, la Suprema Corte consideró que el gobierno no puede imponer controles de radiodifusión de contenido sobre la televisión por cable, a pesar de sus similitudes de función. Tribunales de revisión consistentemente invalidaron las regulaciones del tipo de la *FCC* para los medios que no son "escasos", en el sentido de la *Red Lion*. Por ejemplo, la Suprema Corte derrumbó las tentativas de imponer restricciones a la cobertura de noticias de diarios exigiendo cobertura "equilibrada" de cuestiones polémicas,⁷³ así como las de regulación de la indecencia en la televisión por cable.⁷⁴ La Corte explicó en el proceso de *Turner Broadcasting System* contra la *FCC* que "la justificativa para la aplicación de un patrón menos riguroso de escrutinio de la Primera Enmienda sobre la regulación de la transmisión abierta, sea cual fuera su validez

⁷⁰ *Midwest Video Corp.*, 440 U.S. at 701.

⁷¹ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 386, 390 (1969).

⁷² H.R. Rep. No. 101-437, at 8, reprinted in 1990 U.S.C.C.A.N. 1605, 1612-13 (citing *Red Lion Broad. Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 388-89 (1969)). See also *Policies And Rules Concerning Children's Television Programming*, 11 FCC Rcd. 10660, 10729 (1996).

⁷³ Comenzando en 1949, la *FCC* impuso una política de radiodifusión conocida como la Fairness Doctrine, que exigía que los titulares de licencias de radiodifusión presentasen cuestiones de relevancia pública y hacer eso de una forma que era – según el entender de la Comisión – honesta, equilibrada, equitativa y justa. La Comisión abolió la Fairness Doctrine en 1987. Ver *Syracuse Peace Council v. FCC*, 867 F.2d 654, 660-666 (D.C. Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 1019 (1990).

⁷⁴ *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974) (el derecho de respuesta de los periódicos viola la Primera Enmienda); *United States v. Playboy Entm't Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000) (la regulación de la indecencia para la Tv por cable viola la Primera Enmienda).

en los casos que lo elabora, no se aplica al contexto de regulación de la transmisión por cable". Observando las "diferencias tecnológicas fundamentales entre la radiodifusión y la transmisión por cable", la Corte consideró que la aplicación de "un patrón más flexible de control, adoptado en el caso de *Red Lion* y en otros casos de transmisión abierta, es inadecuado para determinar la validez de la Primera Enmienda en la regulación de la transmisión por cable".⁷⁵

Las mismas consideraciones limitan la capacidad del gobierno de regular Internet y tendrán implicaciones significativas para las políticas de los nuevos medios en el ámbito del Plan Nacional de Banda Ancha. Cuando Internet y la *World Wide Web* llamaron la atención, por primera vez, de los formuladores de políticas de los Estados Unidos, su inclinación inicial era regular el nuevo medio de comunicación de la misma forma que la radiodifusión. El Congreso aprobó la Ley de Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act*), como parte de la Ley de Telecomunicaciones (*Telecommunications Act*) de 1996. A pesar del impulso de desregulación general de la legislación, ella procuró imponer la regulación del discurso "indecente" online, usando un modelo casi idéntico al impuesto sobre la radio y la televisión. Pero la Suprema Corte anuló la ley considerándola una violación de la Primera Enmienda, argumentando que las "características especiales" que históricamente habían justificado un tratamiento diferente para la radiodifusión no se aplicaban a Internet. En el proceso de *Reno* contra *ACLU*, la Corte no encontró "ninguna base para la calificación del nivel de control de la Primera Enmienda que debería ser aplicado" a la comunicación online porque el nuevo medio no sufre del problema de escasez física. Por el contrario, se caracteriza por la abundancia y facilidad de acceso.⁷⁶

En suma, los conceptos regulatorios que los formuladores de políticas emplearon anteriormente no describían más la realidad. Los nuevos medios permiten a los usuarios participar de prácticamente todas las cosas que los medios electrónicos tradicionales tornaron posible - y más - porque sus funciones convergieron. Además de eso, los nuevos medios de comunicación no son afectados por las limitaciones que habían sido citadas para justificar la regulación desigual de los medios de comunicación más antiguos. Como la FCC más recientemente reconoció, "los límites entre estos sectores se están volviendo cada vez más difusos". En este mundo de medios convergentes, "la TV está en el teléfono, Internet está en la TV y el diario está en el *tablet*".⁷⁷ Sin embargo, nuevos esquemas de regulación todavía no han sido concebidos.

IV. La Neutralidad de la Red y la Búsqueda de Nuevas Teorías de Regulación

Los formuladores estadounidenses de políticas públicas deben enfrentar una serie de cuestiones importantes al intentar abordar los cambios provocados por la Era Digital. Tal vez la cuestión fundamental será la de decidir si las dificultades enfrentadas por la organización de medios serán más eficazmente enfrentadas por la iniciativa privada o por la acción del gobierno. Si el Congreso o la FCC decidieren ejercer un papel político

⁷⁵ *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 637 (1994).

⁷⁶ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 851 (1997).

⁷⁷ *FCC Report* at 20.

más activo, será necesario articular nuevas teorías de la regulación y clasificaciones regulatorias que sean ambas viables para los nuevos medios y que sobrevivan al escrutinio constitucional. Esta no será una tarea fácil.

Sin embargo, la FCC ya intentó lidiar con la cuestión de las clasificaciones regulatorias y sus implicaciones para la política de comunicación. La tentativa inicial de la FCC de clasificar el servicio de acceso a banda ancha llevó a la conclusión de que el nuevo medio es un "servicio de información" y no "de telecomunicaciones", liberándolo así de la regulación de los medios comunes. La Comisión consideró que "el servicio de cable vía modem es una oferta de servicio de acceso a Internet, que combina la transmisión de datos con procesamiento de computador, provisión de información e interactividad de computador, permitiendo que los usuarios finales ejecuten una variedad de aplicaciones," y que "soporta funciones tales como e-mail, *newsgroups*, mantenimiento de la presencia del usuario en la *World Wide Web* y el [sistema de nombre de dominio]". Así, la Comisión concluyó que "el servicio de cable vía modem, un servicio de acceso a Internet, es un servicio de información... independientemente de si los suscriptores utilizan todas las funciones disponibles... e independientemente de si todos los proveedores de servicio de cable por modem ofrecen todas las funciones...". De ese modo, se verificó que tal servicio no incluye una oferta de servicios de telecomunicaciones para los suscriptores, pues el componente de telecomunicaciones es inseparable de la capacidad de servicio de procesamiento de datos.⁷⁸

La Suprema Corte confirmó la decisión de la FCC en el proceso *NCTA contra X Internet Services*, caracterizando la cuestión a ser decidida como determinando "la clasificación regulatoria adecuada en los términos del *Communications Act* del servicio de banda ancha de acceso a Internet por cable".⁷⁹ Después de analizar el lenguaje de la Ley de Comunicaciones y trazar la historia de las decisiones de clasificación FCC involucrando servicios de telecomunicaciones e información, la Corte consideró que la decisión de renunciar a imponer requisitos de porte común era razonable.

Desde entonces, la FCC ha intentado articular principios para preservar el libre acceso a Internet en apoyo a una política conocida como "neutralidad de la red". Esta es una piedra angular del abordaje de la FCC para Internet, y ha sido descrita como parte esencial del Plan Nacional de Banda Ancha del gobierno Obama.⁸⁰ El movimiento en dirección a tales reglas comenzó con la articulación de la FCC de principios de acceso abierto en una declaración de política en 2005.⁸¹ Sin embargo, un tribunal de apelaciones bloqueó el esfuerzo de la FCC de ejecutar una acción contra un proveedor de la red que la Comisión decía no había adherido a los principios. En el proceso de *Comcast Corp* contra la FCC, el Tribunal Federal de Apelaciones de Estados Unidos

⁷⁸ *Inquiry Concerning High-Speed Access to the Internet Over Cable and Other Facilities*, 17 FCC Rcd. 4798 (2002).

⁷⁹ *NCTA v. Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967, 975 (2005).

⁸⁰ *Ver en general* Joan Indiana Rigdon, *Net Neutrality: Who Should be Minding Online Traffic?*, WASHINGTON LAWYER (June 2011) at 22-30.

⁸¹ *Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities*, 20 FCC Rcd. 14986 (2005).

para el Circuito D.C. decidió que por el *Communications Act* la FCC no tenía poder para aplicar los principios, utilizando su autoridad inherente o "auxiliar".⁸²

Eso desencadenó una búsqueda por una nueva justificación para las reglas de neutralidad de la red. Como parte de eso, la FCC ha analizado si debería reconsiderar su decisión anterior y "reclasificar" el servicio de banda ancha como telecomunicaciones, sujeto a ciertas exigencias de los medios de comunicación comunes.⁸³ En último análisis, sin embargo, la FCC optó por adoptar reglas de neutralidad de la red sin intentar reclasificar el servicio de banda ancha.⁸⁴ En lugar de eso, la FCC se basó en su autoridad existente identificada en varias secciones del *Communications Act* (Ley de Comunicaciones). En términos generales, las reglas procuran mantener una Internet abierta por medio de (1) requerir que los proveedores divulguen sus prácticas de gerenciamiento de red como parte de sus términos y condiciones de servicio; (2) prohibirlos de bloquear contenido legal, aplicativos o servicios; y (3) prohibir la "discriminación irracional" en la transmisión de tráfico legal de la red.⁸⁵

La teoría subyacente a las reglas de neutralidad de la red es que los prestadores de servicio de banda ancha tienen el estímulo y la capacidad de discriminar los servicios competidores y que ellos podrían usar ese poder para distorsionar la apertura de Internet. La FCC describió esta apertura como "esencial para el papel de Internet como plataforma para el discurso y el compromiso cívico". Ella observó que Internet se tornó una importante fuente de noticias e información, "que constituye la base para el discurso cívico informado". La Comisión agregó que las agencias de gobierno locales, estatales y federal cada vez más usan Internet para comunicarse directamente con el público y para proveer información y servicios esenciales.⁸⁶

La decisión de la FCC fue muy polémica y sujeta a inmediatas impugnaciones judiciales y legislativas. Verizon y MetroPCS interpusieron recursos impugnando las reglas de neutralidad de la red inmediatamente después de haber sido anunciadas, pero los casos fueron descartados como prematuros.⁸⁷ La Comisión todavía no publicó oficialmente las reglas, que es un pre-requisito para buscar auxilio jurídico. Mientras tanto, la Cámara de Representantes votó a favor de revertir la decisión de la FCC.⁸⁸ Sin embargo, no se espera que el esfuerzo legislativo sea exitoso en el Senado o que venza el apoyo del presidente a las reglas.

Los críticos de las reglas cuestionan si la FCC presentó un argumento convincente de la ampliación de la regulación federal sobre Internet. El comisario de la FCC Robert McDowell, por ejemplo, escribió que Internet fue exitosa más allá de todas las expectativas, porque fue privatizada y como resultado de la "colaboración de abajo para

⁸² *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642, (D.C. Cir. 2010).

⁸³ *In the Matter of Framework for Broadband Internet Service*, 25 FCC Rcd. 7866 (2010).

⁸⁴ *In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices*, 25 FCC Rcd. 17905 (2010).

⁸⁵ *Id.* at 17906.

⁸⁶ *Id.* at 17912.

⁸⁷ *Verizon v. FCC*, No. 11-1014 (D.C. Cir., April 4, 2011). Ver Edward Wyatt, *Court Rejects Suit on Net Neutrality Rules*, NEW YORK TIMES, April 4, 2011.

⁸⁸ Ver, por ejemplo, Rigdon, *supra* at 24.

arriba, y no de regulación de arriba para abajo". Él mostró preocupación de que la supervisión de la FCC pueda sofocar la innovación y llevar a consecuencias no deseadas.⁸⁹ Otros expresaron preocupación de que la historia de la regulación de Internet muestre que el gobierno tiene más incentivo y capacidad para sofocar la libre expresión de que los proveedores de la red, y que las reglas de neutralidad de la red provean los medios jurisdiccionales para seguir estas tendencias.⁹⁰

La FCC realizó cuestiones semejantes también en otros procesos. En 2009, la FCC inició una investigación titulada *Empoderando los Padres y Protegiendo los Niños en un Escenario de Medios en Evolución (Empowering Parents and Protecting Children in an Evolving Media Landscape)*.⁹¹ Todo comenzó con la premisa de que las plataformas de medios son abundantes, el contenido es diversificado y existen diversas herramientas que permiten el control individualizado sobre la exposición a los medios de comunicación en el ambiente doméstico. La FCC observó que "de la televisión a los dispositivos móviles de Internet, los medios electrónicos ofrecen hoy a los niños vías... que sus padres nunca podrían haber imaginado".⁹² Sin embargo, ella solicitó sugerencias para "nuevas acciones que la Comisión o la industria pueden adoptar para resolver los problemas", y preguntó "si la Comisión tiene la autoridad legal para ejecutar cualquier de las acciones propuestas y si esas acciones serían consistentes con la Primera Enmienda". La Comisión no interrumpió con radiodifusión, pero invitó a los participantes "a considerar toda la gama de plataformas de medios electrónicos", incluyendo televisión y radio, y los distribuidores de programación de video multicanal tales como televisión por cable y satélite, así como los "dispositivos de audio, dispositivos sin cable de *videogames*, dispositivos de ambiente sin red e Internet".⁹³

Conclusión

A esta altura, los formuladores estadounidenses de políticas públicas tienen más preguntas que respuestas. El debate gira en torno de si el gobierno debería estar más o menos involucrado en los medios. Es también una cuestión de disputa si las políticas gubernamentales deben ser capaces de ayudar a las empresas de medios tradicionales en su lucha, o si eso envolvería un gran sacrificio de la independencia de los medios. Y si el gobierno optare por involucrarse más en regular (o auxiliar) los nuevos medios, deberían ser creadas nuevas teorías para apoyar esa regulación. Aunque sea evidente que las clasificaciones regulatorias más antiguas no reflejan el carácter dinámico y multifacético de los nuevos medios, no se sabe lo que se debería adoptar en su lugar.⁹⁴ Cualquiera que sea el rumbo que el gobierno de Estados Unidos adopte, nuevos

⁸⁹ *Preserving the Open Internet*, 25 FCC Rcd. at 18050 (Dissenting statement of Commissioner McDowell).

⁹⁰ Ver, por ejemplo, Rigdon, *supra* at 28. Ver también Robert Corn-Revere, *The First Amendment, the Internet & Net Neutrality: Be Careful What You Wish For*, PROGRESS ON POINT (December 2009) (<http://www.pff.org/issues-pubs/pops/2009/pop16.28-FCC-workshop-free-speech-net-neutrality.pdf>).

⁹¹ 24 FCC Rcd. 13171 (2009) ("*Children's Media Inquiry*").

⁹² *Id.* at 13172, 13174-75, 13187-88.

⁹³ *Id.* at 13173.

⁹⁴ Por ejemplo, Robert Corn-Revere, *Regulating Media Content in an Age of Abundance*, COMMUNICATIONS LAWYER (September 2010) at 1.

patrones de regulación tienden a ser sometidos a más escrutinio constitucional de lo que aplica a los medios regulados actualmente.

Mirando hacia adelante, está lejos de ser cierto que la Suprema Corte permita que el Congreso o la FCC expandan la jurisdicción federal para regular Internet por la simple creación de nuevas clasificaciones regulatorias. En el proceso *Citizens United* contra la *Federal Election Commission*, una frase de la opinión de la mayoría señaló una creciente incomodidad con la aplicación de diferentes niveles de protección constitucional para los diversos medios.⁹⁵ El juez Anthony Kennedy resaltó que "los autores de la Constitución pueden no haber tenido conocimiento de ciertos tipos de comunicadores o formas de comunicación, pero eso no significa que esos comunicadores y medios tengan derecho a menos protección de la Primera Enmienda que los que proveyeron los medios de comunicar ideas políticas en la época de la adopción de la Declaración de Derechos".⁹⁶ Y agregó: "debemos rechazar definir y después redefinir nuevamente líneas constitucionales con base en los medios o tecnología específica utilizada" para expresarse públicamente. Hacer eso sería cuestionable, porque "esas diferenciaciones pueden en breve probar ser irrelevantes o superadas por tecnologías que están en rápida evolución".⁹⁷

⁹⁵ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S.Ct. 876 (2010).

⁹⁶ *Id.* at 906.

⁹⁷ *Id.* at 890-891.

El Autor

Robert Corn-Revere abogado con vasta experiencia en la Primera Enmienda y en las leyes de comunicación, como miembro de la firma *Davis Wright Tremaine LLP* en Washington, D.C. Corn-Revere escribe ampliamente sobre la Primera Enmienda y cuestiones relacionadas a los medios y ha asesorado como especialista en varias comisiones del Congreso y de la *Federal Communications Commission*. Además de autor de numerosos artículos académicos, es coautor de un tratado, en tres volúmenes, titulado *MODERN COMMUNICATIONS LAW*, publicado por *West Group*. Es también editor y coautor del libro *RATIONALES & RATIONALIZATIONS*, publicado por el *Media Institute*. Corn-Revere fue asesor del ex-presidente de la FCC, James H. Quello