



La regulación de la esfera pública en Estados Unidos durante el siglo XX: lecciones para el nuevo milenio

(Public sphere regulation in the United States during the 20th century: Lessons for the new millenium)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 13, ISSUE 3 (2023), 730–760: TEORÍAS CRÍTICAS E INJUSTICIA SOCIAL: DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DE DEMOCRACIAS DÉBILES Y NEOCAPITALISMOS (WITH A SPECIAL SECTION ABOUT GENDER AND JUDGING IN THE MIDDLE EAST AND AFRICA)

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1380](https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1380)

RECEIVED 9 MAY 2022, ACCEPTED 26 JANUARY 2023, FIRST-ONLINE PUBLISHED 4 APRIL 2023, VERSION OF RECORD PUBLISHED 1 JUNE 2023

RUBÉN GARCÍA HIGUERA* 

Resumen

Este trabajo trata de mostrar la evolución de la regulación de la esfera pública en los Estados Unidos durante el siglo XX, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. Este derecho, consagrado en la primera enmienda a la Constitución estadounidense, ha sido objeto de un amplio tratamiento, por lo que el recorrido por el mismo muestra los cambios en la interpretación de su dimensión social. Particularmente, permite situar la problemática y contextualizarla en el marco de los cambios en la esfera pública producidos a partir de los avances tecnológicos en la esfera de las telecomunicaciones. En este contexto, el examen de los presupuestos teóricos, jurídicos y pragmáticos de la regulación de la esfera pública sirve de base para reflexionar acerca de cómo aproximarnos a los retos del siglo XXI.

Este trabajo se enmarca en los proyectos: *Construcción de derechos emergentes. Debates para la fundamentación de nuevos parámetros de constitucionalidad* [CDREM], financiado por la Agencia Estatal de Investigación, número de expediente PID2019-106904RB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033; *Teorías de la Justicia y Derecho global de los derechos humanos* [JUSGLOBAL], financiado por la Agencia Estatal de Investigación, número de expediente PID2019-107172RB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033, y el proyecto BICOM: *Bienes comunes: articulación cívica y jurídica* (CAM-UAM), referencia SI/PJI/2019-00474.

El trabajo ha sido realizado durante el disfrute de una ayuda Margarita Salas para la formación de jóvenes doctores, de la convocatoria de recualificación del sistema universitario español para 2021-2023, financiada por el Ministerio de Universidades de España y el programa NextGenerationEU de la Unión Europea. Además, parte del mismo se ha realizado como investigador visitante en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg (Alemania).

Agradezco a los evaluadores anónimos sus comentarios y sugerencias, ya que han servido para enriquecer el texto.

* Universidad Carlos III de Madrid. Dirección de email: rubgarci@der-pu.uc3m.es

Palabras clave

Libertad de expresión; democracia; participación; igualdad; pluralismo

Abstract

This paper shows the evolution of public sphere regulations in the United States during the 20th century, from the perspective of freedom of expression. This right, included in the first amendment to the United States Constitution, has been widely addressed. By studying it, therefore, the changes in the interpretation of its social dimension can be underlined. Particularly, it helps to understand and contextualize the alterations in the public sphere, due to technological breakthroughs in the field of communication, that lead to such changes. In this context, the analysis of the theoretical, legal, and pragmatic assumptions of the public sphere regulations will be the entry point to reflect on how to meet the 21st century challenges.

Key words

Freedom of expression; democracy; participation; equality; pluralism

Table of contents

1. Introducción	733
2. La libertad de expresión en la era de los medios de comunicación de masas	736
2.1. De la promulgación del Bill of Rights a la primera guerra mundial	736
2.2. Los medios de comunicación de masas y la necesidad de regular la estructura de la esfera pública	738
2.3. Los límites de la “doctrina de la equidad” y el derecho de acceso.....	743
2.4. El fundamento de la regulación de la esfera pública: una vía más allá de los argumentos de la escasez y la acción estatal.....	746
3. Cuatro lecciones para el nuevo milenio	748
4. Consideraciones finales	755
Referencias	756
Jurisprudencia	759

1. Introducción

A mediados de los años sesenta del siglo pasado, Jerome A. Barron –un profesor de la Universidad de Washington– comenzaba su conocido trabajo acerca del derecho de acceso a los medios de comunicación subrayando una anomalía en el derecho constitucional estadounidense. A su juicio, la primera enmienda protegía la libertad de expresión cuando ya había ocurrido, pero no se ocupaba que crear oportunidades para su ejercicio. La “visión romántica” de la primera enmienda –aquella que se edificó a partir de la metáfora sobre el “libre mercado de las ideas”– asumía que el debate libre y plural estaba garantizado con la simple abstención del Estado. Sin embargo, apunta Barron, la prensa privada también puede llegar a suprimir información del debate público. Aunque esto siempre hubiera sido así, como ilustra su ejemplo de 1930 relacionado con la prensa escrita, el problema se había acentuado en la época de los medios de comunicación de masas. La concentración de la propiedad, que también afectaba tanto la prensa escrita –entre otras cosas, por el aumento de los costes asociados a la edición de periódicos y la necesidad de profesionalización– como a los nuevos formatos asociados a la televisión –caracterizados por la búsqueda del entretenimiento para llegar a grandes audiencias–, acarreaba un peligro para las ideas heterodoxas o controvertidas. En este contexto, ¿qué pasa con aquellos cuyas ideas no tienen garantizado el acceso a los medios de comunicación? (Barron 1967, pp. 1641–1649).

Las reflexiones de Barron pueden sonar muy alejadas de nuestro contexto. El desarrollo de internet, y en particular de las redes sociales, ha dado a cada individuo la herramienta para acceder a la nueva plaza pública digital, por lo que las barreras de acceso no parecen el principal problema de nuestro tiempo. Sin embargo, el derecho de acceso no es un simple debate del pasado. Siendo cierto que el escenario ha cambiado profundamente, la concentración de los principales proveedores de servicios en internet ha convertido a estas plataformas en los gatekeepers del mundo digital. La posibilidad de cerrar cuentas en *Twitter*, *Facebook* o *Youtube* es un buen ejemplo del poder de los actuales intermediarios y de la importancia que actualmente tiene el discutir acerca de estas cuestiones. Además, la posibilidad de posicionar nuevos discursos se ve amenazada por las nuevas estrategias de censura, que tienen más que ver con la capacidad de enterrar los temas que no interesan a través de la diseminación de noticias falsas, la utilización de *bots* o el cambio rápido de los temas de la agenda (Wu 2020, p. 34 y 48).

Frente a este a este nuevo contexto, la anomalía del derecho estadounidense, esa que enfatizó Barron, sigue presente. Sin embargo, las paradojas de la concepción estadounidense de la libertad de expresión no terminan ahí. Quizás lo que esté hoy en juego no sea tanto el derecho a acceder en la esfera pública digital, sino el derecho a permanecer y tener influencia en la misma. El conocimiento de los debates del pasado constituye un buen punto de partida para afrontar los retos del presente; más aún cuando estos no se limitaron al derecho de acceso, sino que se extendieron a la necesidad de diversidad y equilibrio entre los distintos grupos y/o posiciones que desean presentar su punto de vista en el debate público. El denominador común que subyacía a estos debates siempre fue la cuestión de asimetría de poder –y, por tanto, de influencia en el proceso democrático–, los obstáculos que enfrentaban las voces críticas y/o minoritarias y, junto a estos, la calidad del debate público. Estos problemas no han sido superados en una era donde dominan los escándalos, las informaciones que se hacen virales en pocas

horas, el acoso en redes, las noticias falsas o las noticias que sin ser falsas son claramente tendenciosas.¹

Por ello, trataremos de mostrar el desarrollo del derecho a la libertad de expresión en los Estados Unidos durante el siglo XX,² con especial atención a los debates que afectan a la regulación de la esfera pública. Este derecho, consagrado en la primera enmienda a la Constitución estadounidense, ha sido objeto de un amplio tratamiento, por lo que un recorrido por el mismo puede mostrar tanto los cambios en la interpretación de su dimensión social como el *impasse* en que nos encontramos actualmente. La pretensión de este trabajo es situar el modo en que la jurisprudencia respondió en el pasado a los avances tecnológicos en la esfera de las telecomunicaciones y señalar los objetivos que se buscaban. Como trataremos de mostrar, rastrear los debates que surgieron al hilo de los cambios provocados con la creación de los medios de comunicación de masas puede servir para repensar el modo en que nos enfrentamos a cuestiones actuales relacionadas con internet y las redes sociales.

Este trabajo se edifica sobre dos distinciones generalmente aceptadas en la interpretación de este derecho. La primera, ampliamente aceptada por la doctrina estadounidense, distingue entre regulaciones de contenido y regulaciones neutrales respecto al contenido.³ Mientras que las primeras regulan el contenido de los mensajes, las segundas se centran en la estructura del debate (forma, tiempo, espacio) y tienen un carácter procedimental. Este trabajo se concentra en las segundas. Esto quiere decir que no profundizaremos en las discusiones actuales acerca de temas como los discursos de odio o cultura de la cancelación.

La segunda clasificación diferencia las aproximaciones deontológicas al derecho de las de carácter consecuencialista. Las primeras entienden que el derecho a la libertad de expresión es un fin en sí mismo, que protege a los individuos. Desde esta aproximación se suelen primar la posición del emisor de mensajes y se da al derecho la configuración de un derecho de defensa. Normalmente, se suele apuntar al Estado como principal peligro de cara a la restricción del derecho, desde una posición que se enmarca en la tradición liberal. Por el contrario, la aproximación consecuencialista entiende que el derecho es un medio para un fin, esto es, que está asociado al correcto desenvolvimiento del proceso democrático. Desde este punto de vista, la libertad de expresión de cada individuo tiene un valor instrumental en el proceso global, por lo que se da más énfasis al interés general a la hora de interpretar el derecho. Esto lleva a valorar los efectos que una determinada configuración de la libertad de expresión tiene en la sociedad y a tener muy en cuenta, por ejemplo, los peligros de la actuación de particulares, así como a ponderar los derechos de los emisores de mensajes con los de la audiencia. Estructuralmente, el derecho pasa de ser un derecho de defensa y, llegado el caso, de protección, a adquirir una dimensión prestacional. En términos de teoría política, las

¹ Este último es un fenómeno más común al que se presta mucha menos atención que a las denominadas fake news.

² En un sentido amplio, que incluye tanto la libertad de expresión como el derecho a la información.

³ La distinción entre regulaciones de contenido y regulaciones neutrales respecto al contenido está ampliamente aceptada en la academia estadounidense. Autores como Joshua Cohen (1993, p. 208) o Cass Sunstein (1992, pp. 295–297, 1993, pp. 11–14) se adhieren a la misma.

posiciones que defienden esta aproximación suelen asociarse al republicanismo cívico (Oster 2015, pp. 13–14).

La necesidad de profundizar en mayor medida en los estándares que buscan configurar la esfera pública sin limitar el contenido de los mensajes se debe al carácter secundario que, en buena parte de los debates sobre libertad de expresión, ha tenido esta faceta del derecho, estrechamente vinculado a su dimensión positiva (Kenyon 2021a, 2021b). Esta dimensión se centra en la distribución de la palabra y no en el límite de lo que puede ser dicho. A primera vista, esto choca con alguno de los lugares comunes en relación con este derecho, que lo dibujan exclusivamente como una libertad negativa que debe salvaguardarse frente a cualquier intromisión por parte del Estado. Como alguna vez resumiera Gargarella (2011, p. 37), para estas posiciones la mejor política pública en materia de libertad de expresión es la ausencia de política. Sin embargo, más allá de esta aproximación, que en muchos casos pareciera ser hegemónica a nivel de opinión pública –casi algo de “sentido común”–, el desarrollo de estándares que ayuden a corregir algunas de las patologías de las esferas públicas democráticas ha sido una constante desde comienzos del siglo XX, incluso en un país tan marcadamente liberal como Estados Unidos, que además es conocido por sus exigentes estándares frente a la interferencia estatal cuando está de por medio la primera enmienda. Esto no quiere decir que la vertiente negativa del derecho perdiera importancia o deba dejarse completamente de lado. Como veremos, su influencia ha condicionado fuertemente cualquier intento de regulación. Una regulación que, no obstante, llegó a darse.

La elección de Estados Unidos se debe a tres razones. En primer lugar, a que este debate se ha tratado ampliamente a nivel constitucional, incluyendo pronunciamientos de su Tribunal Supremo sobre el alcance de la primera enmienda en este ámbito. En segundo lugar, al carácter paradigmático de su jurisprudencia y a la influencia que ha ejercido en la cultura jurídica de muchos países de Europa occidental y América Latina, especialmente en relación con el derecho a la libertad de expresión. Y, en tercer lugar, a que este país se ha situado a la vanguardia del desarrollo de internet y las redes sociales –de hecho, gran parte de los gigantes de internet son empresas de este país– y eso provoca que sea uno de los primeros lugares donde comienzan a aparecer litigios relacionados con la esfera pública digital y la libertad de expresión. En este punto, el conocimiento de la historia constitucional estadounidense resulta esencial para poder interpretar adecuadamente el modo en que estos serán resueltos.

El trabajo se divide en dos grandes apartados. El primero realiza un recorrido por la evolución de la jurisprudencia estadounidense, profundizando en los presupuestos teóricos, los límites, los efectos y el razonamiento jurídico detrás de la denominada “doctrina de la equidad” y del derecho de acceso. El segundo apartado, por su parte, recoge algunos puntos que, sacados de las discusiones acerca de la “doctrina de la equidad” y el derecho de acceso, pueden ser de utilidad a la hora de encarar los debates actuales y reflexiona sobre sus implicaciones.

2. La libertad de expresión en la era de los medios de comunicación de masas

2.1. De la promulgación del *Bill of Rights* a la primera guerra mundial

Hasta casi mediados del siglo XX, las controversias en torno a la libertad de expresión solían versar sobre cuestiones de cantidad, esto es, hasta dónde se extendía dicho derecho (Schauer 1983, p. 1284). La tradición liberal fue ampliando paulatinamente el alcance del mismo, mediante un camino lento que duraría más de un siglo. Si durante la época colonial la libertad de expresarse sobre los asuntos de interés público estuvo reservada a los oficiales de gobierno y a las personas del clero, la ratificación del *Bill of rights* extendió la misma a toda la ciudadanía. Sin embargo, tuvo que pasar un siglo hasta que esta se hiciera realidad (Tedford 1993, p. 23).⁴ El periodo que va desde la aprobación del *Bill of Rights* hasta la primera guerra mundial estuvo marcado por una baja litigiosidad en torno a la primera enmienda. En los 118 años que median ambos hechos, el Tribunal Supremo apenas resolvió casos relacionados con la primera enmienda (Tedford 1993, p. 27). Esto no significa que en aquellos años no hubiera fuertes intentos de restricción de la libertad de expresión. El ejemplo paradigmático de esto último fueron las *Aliens and Sedition Acts* de 1798, que buscaban suprimir las críticas al gobierno del presidente John Adams. Concretamente, la *Sedition Act* sancionó el “escribir, imprimir, pronunciar o publicar cualquier escrito falso, escandaloso o malicioso... contra el gobierno de los Estados Unidos”. Esta regulación fue profusamente aplicada en los siguientes años, sobre todo en los estados controlados por los federalistas. A este tipo de regulación se opusieron enérgicamente autores como James Madison (2006b, 2006a) y fueron derogadas en 1800, cuando Thomas Jefferson fue elegido presidente.

El periodo previo a la guerra civil también estuvo marcado por restricciones al discurso considerado como subversivo, particularmente de los mensajes contra la esclavitud en los estados del sur. La regulación aprobada por Virginia en 1836, que sancionaba a cualquier que fuera a dicho estado a defender públicamente que los esclavos no eran propiedad de los esclavistas, es una buena muestra para ilustrar las restricciones a la primera enmienda en estos años. La supresión del discurso sedicioso fue común en ambos bandos durante los años del conflicto. Tras el mismo, junto a la presión extralegal que siguió impidiendo la reivindicación de los derechos de la población negra en los estados del sur, las restricciones a la libertad de expresión se dirigieron frente al movimiento obrero. Sin embargo, estas regulaciones no fueron aprobadas por el gobierno federal, sino por distintos estados federados (Tedford 1993, pp. 34–36).⁵

La esfera de libertad protegida fue expandiéndose progresivamente, desde que comenzaron a llegar casos al Tribunal Supremo estadounidense. La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos partió de una interpretación restrictiva de dicho derecho, como la que se contiene en gran parte de las sentencias de la primera mitad del

⁴ Para un examen de los debates que tuvieron lugar alrededor de la aprobación de la primera enmienda, véase Levy 1999 (pp. 79–132).

⁵ Conviene recordar en este punto que la primera enmienda era de aplicación únicamente frente a acciones del gobierno federal hasta que en 1925 el Tribunal Supremo decidió extender su ámbito de protección a los estados federados (*Gitlow v New York* [1925]).

siglo XX,⁶ donde se recogen algunos de los celeberrimos votos disidentes del juez Oliver Holmes y de Louis Brandeis,⁷ a una concepción que tornó la línea de disidencia inaugurada por ambos en mayoritaria durante el periodo de la Corte Warren. Desde entonces, la Corte pasó a tener una posición hiperprotectiva de la libertad de expresión, de la mano de doctrinas como la “real malicia”⁸ o la “incitación o producción de una acción criminal inminente”.⁹

Así las cosas, la capacidad del Estado para restringir, sancionar o discriminar entre discursos fue quedando extremadamente acotada a casos excepcionales, normalmente vinculados con la potencial amenaza de un daño o la existencia de dolo. Los altos estándares frente las regulaciones de contenido establecían una presunción fuerte en contra de la constitucionalidad de las mismas.

Pese a los desacuerdos en cuanto al alcance, durante todo este periodo actuaba un consenso de base, que era la concepción de la primera enmienda como una libertad negativa que ofrecía una especie coraza frente a las posibles intromisiones del Estado. Dicha premisa continua hasta la actualidad. En esta línea, la primera enmienda es concebida como una garantía a la facultad de expresarse, como un derecho del individuo a decir lo que quiera. Su fundamento se vincula principalmente a la autorrealización personal, aunque también tenga también consecuencias en el desarrollo del debate público, de modo que salvaguarda un espacio de libertad individual frente a la potencial amenaza de la actuación estatal. Esta línea jurisprudencial se construye sobre la premisa de que el Estado no debe favorecer unos mensajes sobre otros (Greenawalt 1995). Como se indica en la sentencia *Police Department of City of Chicago v Mosley* (1972), “el gobierno no tiene la facultad de restringir discursos debido a su mensaje, ideas, temática o contenido”; y continúa, “las exclusiones selectivas del foro público no pueden estar únicamente basadas en el contenido, o venir justificadas solo por el contenido”.

⁶ Por ejemplo, en *Abrams v United States* (1919), el Tribunal Supremo admitió la condena por conspiración a unos inmigrantes rusos que habían repartido octavillas llamando a la huelga general frente a la participación de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial.

⁷ Probablemente el voto particular más citado del juez Holmes es el recogido en la citada *Abrams v United States*. Holmes construye su voto particular a partir del principio de la duda sobre las propias convicciones y un cierto escepticismo frente a la capacidad individual de acercarse a la verdad. Esto le lleva a sostener que el libre intercambio de ideas (ilustrada con la metáfora del “mercado de las ideas”) sería la mejor forma de acercarse al conocimiento.

En este punto conviene apuntar dos cuestiones. En primer lugar, no deja de ser paradójico que el mismo juez que en *Lochner v New York* (1905) había señalado que la Constitución no predeterminaba un modelo de relación entre los individuos y el Estado, sí opte en materia de libertad de expresión por un modelo concreto, un modelo que para más inri parece cercano al *laissez faire* que se ponía en cuestión en la otra sentencia (Barron 1967, p. 1643). En segundo lugar, respecto a la relación entre el juez Holmes y el juez Brandeis, conviene subrayar la divergente posición que subyace a sus votos particulares. Como bien apunta Sunstein, pese a que ambos jueces se apoyaron mutuamente en varias ocasiones, Brandeis tenía una posición más cercana al pensamiento republicano clásico, en la que enfatiza la virtud política, la deliberación pública y su contribución al autogobierno. Así puede verse en el voto disidente *Whitney v California* (1927). Sunstein (1993, pp. 23–28) remonta las raíces de dicha posición a los debates que llevaron a la adopción de la Primera Enmienda de la Constitución de EE. UU., en concreto a la asociación que libertad de expresión y soberanía tenían en el pensamiento de James Madison.

⁸ *New York Times Company v Sullivan* (1964). Un interesante análisis de dicho fallo y de la doctrina que del mismo emana puede verse en Bertoni 2011, pp. 255–273.

⁹ *Brandenburg v Ohio* (1969). Un recorrido por la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense en materia limitaciones de contenido puede encontrarse en Cueva (2016, 31–44).

2.2. Los medios de comunicación de masas y la necesidad de regular la estructura de la esfera pública

El desarrollo de la radiodifusión fue esencial para el cambio parcial de marco interpretativo, aunque solo fuera en los casos en que la regulación de la esfera pública aparecía como necesaria. En un comienzo, siguiendo la idea de que la libertad de expresión protegía frente a la intervención estatal, la capacidad de operar en el espacio radioeléctrico no dependía de regulación. Sin embargo, a partir de finales de los años veinte del siglo pasado, debido a los problemas de interferencias entre distintas señales, se hizo necesaria la intervención de la *Federal Radio Commission* (la precursora de la *Federal Communication Commission* [FCC]) a través del otorgamiento de licencias para operar en el espacio radioeléctrico. A partir de entonces, quien recibía una licencia se beneficiaba del uso de un bien público (el espacio radioeléctrico) y de ahí que tuviera obligaciones relacionadas con la protección del interés público.

La responsabilidad de actuar conforme a dicho interés, que después sería desarrollado por la FCC y que desembocaría en lo que se conoce como la *Fairness Doctrine* (doctrina de la equidad), se veía como una necesidad derivada de la limitación de frecuencias disponibles en el espacio radioeléctrico. Los operadores actuaban como administradores de dicho espacio radioeléctrico y, por tanto, debían emitir en beneficio del interés general y no de su interés privado. Así, debían dedicar tiempo suficiente a cuestiones de interés público y las ideas se debían exponer de manera objetiva y equilibrada (Rosenfeld 1976, pp. 887–889, Pickard 2018, p. 3438). En un principio, incluso, no se permitía el establecimiento de medios de carácter partidista. Conviene no olvidar en este punto que, en sus inicios, el régimen de licencias, lejos de ser un perjuicio para los operadores comerciales, contribuyó a la concentración del espacio de radiodifusión en sus manos. En ese momento, la normativa que prohibía el carácter partidista de las emisiones tuvo como consecuencia el dejar fuera de las ondas a la gran mayoría de las estaciones, particularmente las estaciones sin ánimo de lucro asociadas a movimientos políticos de izquierda, sindicales y religiosos (Ammori 2008, pp. 890–891).¹⁰

La regulación del espacio público fue consolidándose a medida que avanzaba el siglo. Una sentencia de mediados de los cuarenta ya afirmó que la primera enmienda no impide la regulación gubernamental (*Associated Press v United States*, 1945). Más bien al contrario, subyace a la misma la idea que un debate amplio y plural, donde aparezcan los distintos puntos de vista, es esencial para el desarrollo del interés público. Si bien la libertad de prensa es esencial en dicha tarea y, por ello, el gobierno no debe obstaculizar la libre circulación de ideas, este no es el único que puede dañar el debate público. La primera enmienda también protege a quienes son sancionados o reprimidos por intereses privados.

¹⁰ Más allá de que la regulación del espacio radioeléctrico bajo el criterio de neutralidad contribuyera a consolidar a las radios de carácter comercial, no conviene olvidar que algo similar ocurrió con la prensa escrita, sin estar afectada por tales regulaciones. Desde mediados del siglo XIX se inicia la decadencia de los medios asociados a sindicatos, asociaciones o iglesias en favor del establecimiento de periódicos de carácter profesional. En el proceso de consolidación de este sistema fue poco a poco disminuyendo el número de medios hasta que se conformaron grandes empresas de comunicación, donde la propiedad de los mismos se encontraba cada vez más concentrada y era habitual que un dueño controlara más de un periódico o estación de radiodifusión (Lange 1973, pp. 13–23).

Para finales de esa década, la FCC había desarrollado un cuerpo doctrinal que obligaba a las estaciones de radiodifusión a cubrir cuestiones de interés público con el fin de que la ciudadanía tuviera la oportunidad de escuchar las diferentes posiciones existentes en torno a dichos asuntos. La presentación debía hacerse de un modo equilibrado y justo. La “doctrina de la equidad” se componía, por tanto, de dos elementos: uno absoluto y otro relativo. El componente “absoluto” implicaba que se debía dedicar un tiempo razonable a los asuntos que generaban controversia en el debate público. El “relativo” era que debían ser presentados de manera equilibrada, tomando en consideración los diferentes puntos de vista (Malone 1972, p. 215). El incumplimiento de estos parámetros podía llevar a la revocación de la licencia para emitir.

En 1967, la FCC profundizó esta línea doctrinal y reconoció el derecho de réplica de aquellos candidatos políticos, individuos y grupos que hubieran sido atacados por un determinado medio. A esto se añadían otras regulaciones como el requisito de dedicar un tiempo similar a los diferentes candidatos que competían en la misma elección.¹¹

Esta doctrina desembocó en el famoso caso *Red Lion Broadcasting Co. v FCC* de 1969. La sentencia del Tribunal Supremo sostuvo que la primera enmienda obliga a un equilibrio en la protección de los derechos de emisores y de audiencia y que, en el contexto de las licencias sobre el espacio radioeléctrico, lo fundamental eran los derechos de la audiencia. En consecuencia, el Tribunal Supremo corroboró la constitucionalidad de la doctrina de la equidad bajo el argumento de que, siendo escaso el número de frecuencias disponibles, quien adquiere una puede verse compelido en nombre del interés general a contribuir a un debate público vigoroso. Lejos de suponer una vulneración del derecho a la libertad de expresión, políticas como dicha doctrina ayudaban a ampliar el debate público.

En paralelo a la “doctrina de la equidad”, y fundamentado en similares principios, se desarrolló en aquellas décadas el debate en torno al “derecho de acceso”, esto es, el derecho a acceder al foro público en que tiene lugar la discusión. En sus inicios, el debate tuvo como referencia la plaza pública como lugar de encuentro. Así, en un caso que versaba sobre la facultad de hacer asambleas en la vía pública (*Hague v Committee for Industrial Organization*, 1939), el juez Roberts describió la importancia del derecho de acceso en una cita que reproducimos en su literalidad:

Sea cual sea el régimen de calles y parques, desde tiempos inmemoriales han sido gestionadas en fideicomiso para el uso público y, desde que se recuerda, han sido usadas para reunirse, difundir pensamientos entre los ciudadanos y para discutir sobre asuntos públicos. Este uso de las calles y espacios públicos ha sido, desde tiempos antiguos, parte de los privilegios, inmunidades, derechos y libertades de la ciudadanía. El privilegio de un ciudadano/a de los Estados Unidos de utilizar calles y parques para la difusión de opiniones sobre cuestiones de interés nacional puede ser regulado de acuerdo con el interés general. No es absoluto, sino relativo, y debe ejercerse respetando cuestiones de comodidad y conveniencia, así como en consonancia con la paz y el orden. Sin embargo, no deber ser, en virtud de su regulación, recortado o denegado.

¹¹ Recogida en 47 U.S. Code § 315 - *Candidates for public office* (1934). Como apunta Canby, ambas regulaciones no deben ser confundidas. La “doctrina de la equidad” requiere que las diferentes posiciones estén razonablemente representadas a la hora de discutir asuntos controvertidos, pero no hay una obligación de dedicar el mismo espacio a las distintas posturas (Canby 1972, p. 724).

Esta idea del derecho de acceso fue ampliada en fallos posteriores y llegó a reconocerse en otros contextos, incluso frente a actores privados. En el caso *Marsh v Alabama* (1945) se reconoció el derecho a distribuir panfletos en las aceras de un pueblo que era propiedad de una empresa. El tribunal consideró en su argumentación que, pese que el pueblo fuera propiedad de una entidad privada, sus calles estaban abiertas para uso público y en ellas la empresa ejercía una función estatal. Por ello, el derecho a la libertad de expresión debía prevalecer sobre el derecho a la propiedad. Más tarde, esta línea jurisprudencial fue delimitada por el Tribunal Supremo en casos como *Union Food Employees v Logan Valley Plaza, Inc.* (1968), *Lloyd Corp., Ltd. v Tanner* (1972) y *Hudgens v NLRB* (1976). El primer caso versaba sobre la prohibición de que los trabajadores establecieran un piquete informativo en la entrada de un centro comercial y el parking adyacente, ambos en terreno que era propiedad de la empresa. En este caso, el Tribunal Supremo estableció que el centro comercial cumplía una función cuasipública a efectos de la primera enmienda. Al ser espacios abiertos al público, el ejercicio de actividades que eran expresión de la libertad de expresión debía estar permitido, lo que no obsta a que pudieran ser sometidas a regulaciones procedimentales. Por su parte, en *Lloyd* se discutió sobre si la primera enmienda garantizaba el derecho a distribuir panfletos contra la guerra de Vietnam en los espacios de un centro comercial. En este caso, el Tribunal Supremo estimó que existía una diferencia determinante entre este caso y *Marsh* y *Food Employees*, y era que la información a distribuir no tenía conexión con el espacio en que se estaba distribuyendo. Al ser un tema de debate público, existían otros espacios donde llegar a una audiencia similar, en los que no se interfería con el derecho del propietario del centro comercial.

El último caso, *Hudgens v NLRB*, fue el que finalmente sentó los principios generales aplicables para estos casos, derogando el precedente sentado en *Union Food Employees v Logan Valley Plaza*. Los hechos del caso también están relacionados con la actividad de un piquete de trabajadores, en el marco de una huelga, en el centro comercial para el que trabajaban. El manager del mismo inició acciones frente a los trabajadores que estaban ejerciendo de piquete y les obligó a irse. Los trabajadores demandaron al manager por haber violado sus derechos laborales y el juzgado ordenó permitir la actividad. El Tribunal Supremo conoció del caso en última instancia y, derogando el precedente de *Union Food Employees v Logan Valley Plaza*, estableció que los particulares no tienen la obligación de respetar el derecho a la libertad de expresión de terceros que están en su propiedad. Como indica Schauer (2008, p. 919), esto implica que los estándares de libertad de expresión no comprometen la actividad de particulares y, por tanto, tampoco imponen en ellos obligaciones de no interferencia cuando son los dueños del foro de discusión.

No hubo que esperar demasiado para que el debate sobre el derecho de acceso se fuera trasladando a otros ámbitos y llegara a los medios de comunicación. En un primer grupo de casos se discutió la facultad que tenían las empresas públicas de transporte de rechazar anuncios en función de su contenido. Diversas sentencias de tribunales estatales y federales resolvieron que, si se había abierto un foro para la expresión de ideas en los espacios comerciales, una autoridad pública no podía discriminar entre mensajes amparados por la primera enmienda (*Wirta v Alameda-Contra Costa Transit Dist.*, 1967; *Kissinger v New York City Transit Authority*, 1967, y *Hillside Community Church, Inc. v City of Tacoma*, 1969). Un segundo grupo discutió esta problemática en el ámbito

de las revistas de institutos y universidades públicas (*Avins v Rutgers*, 1967, y *Zucker v Panitz*, 1969). Siguiendo el razonamiento anterior, también se estableció que los periódicos en estos ámbitos eran un espacio para la difusión de ideas, por lo que no podía rechazarse un anuncio en razón del punto de vista que expresaba.

El “derecho de acceso” a los medios de comunicación fue analizado por primera vez en 1971 ante la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia en el caso *Business Executives’ Move for Vietnam Peace v F.C.C.* (1971). En dicho fallo, la mayoría del Tribunal consideró que la retransmisión en el espacio radioeléctrico equivalía a ejercer una función estatal y que, por tanto, quienes disfrutaban de una licencia estaban sujetos a obligaciones relacionadas con la primera enmienda. Entre estas estaba la prohibición de vetar los anuncios que tuvieran mensaje político. A juicio del tribunal, esto suponía una discriminación respecto a los anuncios de carácter puramente comercial.

La línea de la anterior sentencia, sin embargo, tuvo un recorrido muy corto. La industria audiovisual se opuso a la limitación de poder que suponía dicha jurisprudencia y, solo dos años después, en *Columbia Broadcasting System, Inc (CBS) v Democratic National Comitee (DNC)* (1973), logró que el derecho de acceso no fuera reconocido por el Tribunal Supremo de este país. El caso de marras versaba sobre la publicación de un anuncio por parte del partido demócrata. En este caso, la mayoría del tribunal sostuvo que, pese a que la información del público prevalecía en este ámbito, esto no implicaba que hubiera que reconocer a los individuos el derecho de acceso a los medios de comunicación. Por un lado, la mayoría del tribunal rechaza que los medios de comunicación tengan una función gubernamental en el ejercicio de sus funciones. Pese a encontrarse en un sector fuertemente regulado, los medios de comunicación contaban con una amplia discrecionalidad a la hora de llevar a cabo sus funciones como fiduciarios del espacio radioeléctrico. En su argumentación, la mayoría se apoya precisamente en la doctrina de la equidad para justificar dicha discrecionalidad y para afirmar que su obligación de presentar una imagen equilibrada de las diferentes opiniones en un tema se podía cumplir sin necesidad de otorgar a los individuos dicho derecho de acceso. De hecho, el modelo de representante fiduciario podría quebrar por las obligaciones que el derecho de acceso impusiera a los medios de comunicación. A juicio de la mayoría del tribunal, la posibilidad de comprar espacio comercial para mensajes políticos beneficia a los colectivos con más recursos económicos. En caso de que se estableciera algún tipo de control para tratar de equilibrar los mensajes y mantener la doctrina de la equidad, el grado de intervención estatal que conllevaría dicha tarea sería demasiado alto. Si se concediera, por ejemplo, un derecho de réplica a quienes resultaren interpelados por la publicidad política publicada, y contando que no siempre se trataría de grupos con recursos económicos, la viabilidad económica de los propios medios de comunicación sería puesta en cuestión.

Para el juez Brennan, que emitió un voto disidente, la decisión de la mayoría no tenía en cuenta que el verdadero sentido de la doctrina de la equidad era exponer al público al mayor número de visiones posibles. Por tanto, si los operadores de medios de comunicación, que son quien ya de por sí controlan los asuntos y las ideas que se emiten en dichos medios, obtienen el derecho a rechazar mensajes políticos en función de su contenido, se estaría limitando la diversidad de actores que pueden acceder a la esfera pública. A su juicio, la doctrina de la equidad tal y como era aplicada tendía reforzar las

posiciones políticas ya asentadas en la esfera pública, mientras que dejaba de lado las opiniones minoritarias, heterodoxas o, simplemente, de nuevo cuño.

En los años posteriores, el poder de los emisores se vio reafirmado en casos como *Miami Herald Publishing Co v Tornillo* (1974) y *FCC v League of Women Voters of California* (1984). El primer caso versaba sobre el derecho a réplica en la prensa escrita. El estado de Florida había introducido por ley el derecho de réplica en los casos en que un candidato electoral fuera criticado por cuestiones relacionadas o bien con su persona o bien con sus años de servicio público. El espacio para la réplica debía proporcionarse de manera gratuita y en un espacio del periódico similar a donde apareció la pieza inicial. El Tribunal Supremo, por unanimidad, consideró que tal cláusula era contraria a la primera enmienda. Pese a reconocer los cambios que se habían producido en la esfera pública, y que habían llevado a una enorme concentración de los medios de comunicación, lo que afectaba también a la prensa, el Tribunal considera que cualquier mandato de publicar una opinión en contra de la voluntad de quienes dirigen el medio era contrario a la Constitución. Un periódico no es un simple "transportista" de información. Por ello, la labor de control y valoración editorial es consustancial a su ejercicio. En el caso de la ley del estado de Florida, la obligación de publicar la réplica interfiere en dicha labor y es vista como una sanción con base en el contenido publicado previamente.

Por su parte, una década más tarde, en *FCC v League of Women Voters of California* (1984), el Tribunal Supremo tuvo que decidir la constitucionalidad de una cláusula de la *Public Broadcasting Act* (1967) que establecía la prohibición de tener opinión editorial a las estaciones de radio y televisión de carácter no comercial y educacional que recibían fondos públicos. En este caso, el Tribunal señaló que la justificación de la facultad estatal para regular el espectro audiovisual venía de la especial característica del mismo, esto es, su carácter escaso. La ausencia del argumento de la escasez y, por tanto, de la condición de fiduciarios de quien recibe una licencia, como ocurre con los periódicos y revistas, haría decaer dicha facultad. Aunque siga siendo de interés público el asegurar una información equilibrada y plural, prevalecería el derecho de los emisores a ejercer su función con independencia, en cuya iniciativa y buen juicio se debe confiar para lograr el anterior objetivo. Además, en el caso de la doctrina de la equidad, el Tribunal puntualiza que si la Comisión lograba mostrar que la consecuencia global de la doctrina de la equidad era que se reducía el debate público, este se vería obligado a reconsiderar la constitucionalidad de la misma.

A partir de los años ochenta, el desarrollo de las nuevas tecnologías y la aparición de los canales de televisión por cable pusieron en cuestión el argumento de la escasez de licencias, lo que constituyó la principal línea de ataque a las políticas de regulación del espectro mediático. Lo anterior, unido a los cambios en la composición del Tribunal Supremo de USA y la llegada de Ronald Reagan al poder, allanó el camino para la derogación definitiva de la doctrina de la equidad. Finalmente, la FCC revocó la doctrina de la equidad en 1987, pese al intento, apoyado tanto por miembros del partido demócratas como del republicano, de que la misma adquiriera el estatus de ley –la propuesta fue aprobada por una amplia mayoría de la Cámara de representantes, pero fue vetada por el presidente Reagan.

Los conservadores aprovecharon la situación derivada de la aparición de nuevas tecnologías para atacar el argumento de la escasez. La ausencia de dicha línea de

justificación, que había sido central desde la creación de la FCC, permitió a estos cambiar la perspectiva del debate y presentar la doctrina de la equidad como un intento de silenciar las opiniones de derecha, en vez de como el medio de reequilibrar la inequidad estructural de partida entre grupos aventajados y desaventajados, con implicaciones no solo en términos de recursos, sino también de raza (Pickard 2018, p. 3436).¹²

La doctrina de la equidad era uno de los últimos diques ante el poder de los propietarios de los medios de comunicación. De hecho, mucha gente ha visto la doctrina como una solución imperfecta para un problema estructural, que tiene que ver con un espacio mediático altamente concentrado, que se rige únicamente bajo criterios comerciales y tiene pocos incentivos para servir el interés público (Lloyd 2009, Pickard 2018, p. 3447). En tanto en cuanto el interés público fuera decidido casi en exclusiva desde los grandes medios de comunicación, la deliberación pública adolecía de distorsiones propias de las diferencias de acceso en función de renta y poder. En esta situación, esta política se presentaba como una suerte de contrapeso en favor del público general y de los derechos de la audiencia. Pese a que sus efectos fueron limitados y su campo de actuación quedó reducido al ámbito audiovisual, sus efectos directos e indirectos se hacían notar en la esfera pública norteamericana.¹³

2.3. Los límites de la “doctrina de la equidad” y el derecho de acceso

Desde sus inicios, la “doctrina de la equidad” se tuvo que enfrentar a posiciones que ponían en duda su idoneidad y efectividad. En sus críticas, estas posturas mostraron no solo los límites de dicha regulación, sino que apuntaron un examen crítico de su funcionamiento a la luz de los principios que debía garantizar.

Desde un comienzo, su operatividad fue limitada. Autores como Rosenfeld (1976, pp. 893–901) o, más recientemente, Ammori (2008, pp. 885–892) han puesto en duda su verdadero impacto en la esfera pública. Rosenfeld realizó un estudio completo de reclamaciones planteadas ante la FCC, las admitidas y las resoluciones adversas a las estaciones de radiodifusión. Los datos muestran que, durante la década de los setenta del siglo XX, de los varios miles de reclamaciones que eran interpuestas cada año, apenas una decena terminaba en resoluciones adversas para los operadores. La evidencia, por tanto, parece indicar unos efectos limitados. Sin embargo, aun siendo así, estos análisis

¹² Schauer sostiene el sugerente argumento de que la expectativa de obtener mayores victorias a través de la desregulación del mercado comunicativo, debido a contar con apoyos entre quien tiene mayores recursos, explicaría el cambio producido en la “derecha” americana, cercana al partido Republicano, desde posiciones conservadoras, que tradicionalmente apoyaban una interpretación restrictiva de la primera enmienda, a una interpretación de tipo libertario, que se asemejaría a la que ya sostienen en el ámbito económico (Schauer 1993, p. 955). La evolución posterior del espectro mediático parece dar la razón a Schauer. En términos prácticos, la derogación de la doctrina coincide en el tiempo con el auge de radios de corriente de conservadora que pasaron a ser una fuerza política de primer orden (Pickard 2018, pp. 3443–3445). Años más tarde, en el ámbito de la televisión, el nacimiento de Fox News, una televisión con una política editorial abiertamente partidista, como en más de una ocasión reconoció su presidente, Roger Ailes.

¹³ Un análisis de la doctrina de la equidad y del progresivo vaciamiento que sufrió el contenido de la sentencia *Red Lion* en los años posteriores puede verse en Fiss (1999, pp. 71–104). Un recorrido más detallado sobre el surgimiento, contenido, efectos y caída de la doctrina de la equidad y de la jurisprudencia asociada puede encontrarse en Rosenfeld (1976, pp. 887–910), Cronauer (1994, pp. 57–70), Harvey (1998, pp. 544–547), Bollinger (2010, pp. 29–35), Pérez de la Fuente (2014, pp. 151–155) y Pickard (2018, pp. 3435–3448). Dichos análisis ayudan a ser críticos y a evaluarla con cierta perspectiva.

dejan fuera los posibles efectos indirectos de la doctrina. Por ejemplo, algunos autores resaltan que el mandato de presentar diferentes posiciones habría contribuido al pluralismo y el equilibrio a la hora de seleccionar los contertulios de los programas de debate, donde la “doctrina de la equidad” habría promovido una selección más equilibrada de diferentes posturas (Malone 1972, p. 216).

La razón de su limitado impacto se debió a los límites intrínsecos a su concepción. Esto fue señalado por autores como Canby (1972, pp. 725–726) y Malone (1972, pp. 214–215), al hilo del debate sobre el derecho de acceso. La FCC siempre sostuvo que los propietarios de medios de comunicación tenían un amplio margen de maniobra a la hora de aplicar la doctrina. Los dueños de los medios de comunicación tenían el poder discrecional de decidir qué temas eran de interés público, cuáles eran controvertidos, el formato y el tiempo que iba a dedicar a cada posición (Jaffe 1972, p. 772). De hecho, el estándar bajo el que se juzgaba el cumplimiento no era el equilibrio perfecto, sino la razonabilidad de la actuación de la estación radiofónica.¹⁴ Quedaban a salvo algunas áreas donde la FCC reguló de forma más precisa, como los casos en que nos encontrábamos ante ataques personales –donde en una semana se debía remitir la nota y dar espacio gratuito para responder– o los editoriales en apoyo de un candidato (Jaffe 1972, p. 773).

El margen de discrecionalidad se concentraba en la decisión acerca de qué asuntos tratar. Esto era enormemente relevante debido a que, si un asunto no había sido tratado, no era obligatorio presentar diferentes puntos de vista. Así, los operadores de comunicación tenían cierta reticencia a incluir temas controvertidos en su programación. Los emisores querían evitar incluir opiniones muy controvertidas, que pudieran espantar a la audiencia, y la forma de lograrlo era no tratar de plano los asuntos, ya que así evitaban ser analizados bajo el estándar de la “doctrina de la equidad”. Según algunos autores, esto provocaba una concentración hacia posiciones mayoritarias, dejando los intereses de las minorías sin apenas espacio (Canby 1972, p. 727).

Los límites intrínsecos a la “doctrina de la equidad” relanzaron la propuesta de reconocer el derecho de acceso. Aunque la doctrina de la equidad era particularmente efectiva para garantizar el tratamiento de los temas menos controvertidos y, dentro de estos, de las opiniones más ampliamente asentadas, su idoneidad a la hora de introducir asuntos espinosos a debate y puntos de vista minoritarios no era la adecuada. Dicho de otra forma, la “doctrina de la equidad” limitaba el poder de los actores privados y los obligaba a tratar los asuntos de interés público. También servía a la búsqueda de un cierto equilibrio en la exposición de las diferentes posturas en la esfera pública. Esto suponía una valiosa contribución al proceso democrático, ya que se fomentaba el debate plural y equilibrado. Sin embargo, su efectividad era nula en lo relacionado con posturas minoritarias o con la apertura de nuevos debates.

Barron (1967), en el trabajo que citábamos al comienzo del artículo, fue uno de los primeros en compilar los argumentos en favor del derecho de acceso a la prensa, lo que tuvo su influencia en el desarrollo de la jurisprudencia, como hemos visto en el apartado anterior. La discusión en torno al derecho de acceso creció al calor de la gran

¹⁴ Véase *Applicability of the Fairness Doctrine in the Handling of Controversial Issues of Public Importance*, 29 Fed. Reg. 10426 (1964).

concentración de los medios de comunicación en relativamente pocas empresas, lo que acrecentaba su posición como *gatekeepers*. En esta situación existía un evidente peligro de censura indirecta *ex ante*, lo que para muchos autores parecía tan intolerable como la directa censura de origen gubernamental (cfr. Lange 1973, p. 9). En este contexto, la propuesta de derecho de acceso se presentaba como una garantía del pluralismo y la inclusión de grupos que defendían posturas minoritarias y/o contrarias a los principales agentes del conglomerado mediático y que, por tanto, corrían el riesgo de resultar excluidos del debate público en los grandes medios de comunicación.

Teóricamente, su reconocimiento no suponía un menoscabo de la libertad de expresión de terceros. La prohibición de que el Estado suprima puntos de vista no debe ser confundida con la ausencia de habilitación para que diferentes opiniones sean escuchadas (Barron 1967, p. 1676). No obstante, su garantía planteaba algunos problemas de ejecución, como la decisión de si se debía establecer un espacio mínimo dedicado al libre acceso o no; la distribución de dicho espacio en los casos en que hubiera más solicitantes que espacio; la posibilidad de otorgar a los medios la facultad de controlar el contenido a publicar, y la obligación (o no) de que los medios facilitaran la utilización de los equipos necesarios para el contenido audiovisual (Malone 1972, pp. 252–253). Su operatividad aconsejaba a interpretarlo de una manera cauta, esto es, en términos de grupos o ideas, más que en el sentido de un derecho individual de cada uno a tener un espacio en los medios de comunicación. Barron, por ejemplo, cita el precedente *Office of Communication of the United Church of Christ v FCC* (1969), donde una organización que representaba a la población afroamericana de la ciudad de Jackson, casi mitad del censo de dicho municipio en aquel momento, fue reconocida como representante de esa parte de la población en el proceso administrativo de renovación de la licencia de un canal de televisión (Barron 1967, p. 1677).

Otro de los problemas a su reconocimiento eran las consecuencias de su aplicación para con la “doctrina de la equidad”. Hubo posiciones que concebían ambas regulaciones como contradictorias. Como se señala en *Columbia Broadcasting System, Inc (CBS) v Democratic National Comitee (DNC)* (1973), el reconocimiento de un derecho de acceso irrestricto bajo criterios de mercado habría tenido como consecuencia que quienes tienen más recursos tengan más espacio en la esfera pública, lo que hubiera ido en contra del elemento relativo de la “doctrina de la equidad”. Por esta vía, el derecho de acceso podía romper el delicado equilibrio que se había logrado alrededor de la figura del representante fiduciario (Lange 1973, p. 39). Como vemos, el Tribunal Supremo apuntó a una posible tensión entre la cantidad de discurso y el equilibrio entre posiciones. El argumento se resume en que, en ocasiones, el incremento del número de participaciones puede derivar en una monopolización de la esfera pública por ciertas posiciones, pudiendo dañar el equilibrio entre posturas y, en última instancia, el pluralismo y la inclusión.

Sin embargo, este resultado solo era necesario en el caso de que el derecho de acceso se hubiese reconocido bajo un sistema de oferta y demanda. Por el contrario, como señalaron otros autores, esta no era la única posibilidad. Lejos de ver ambas regulaciones como incompatibles, se podían haber integrado, de modo que la promoción de los valores del pluralismo, la inclusión y el equilibrio se realizara de manera más efectiva. En opinión de Malone, los principios de la “doctrina de la equidad” deberían servir de

guía para decidir sobre qué puntos de vista tienen preferencia de acceso y para distribuir el tiempo dedicado a los diferentes asuntos. Si se siguiera esta línea, los puntos de vista que contradigan mensajes ya publicados o que sean contestación a acusaciones personales realizadas por anunciantes anteriores deberían tener preferencia (Malone 1972, pp. 259–261). Una de las ventajas de esta integración hubiera sido que, a diferencia de la aplicación exclusiva de la doctrina de la equidad, la forma de presentación y contenido de las diferentes posturas sería decidida por el grupo o la persona afectada en vez de por el medio de comunicación. Por supuesto, aquí se sigue planteando el problema de quién es la entidad con legitimidad para contestar –sobre todo cuando se discute sobre ideas y no sobre ataques personales– y qué ocurre cuando hay más de una línea de contraargumentación entre los interpelados al debate.

No obstante, la posible articulación complementaria entre ambas políticas no resuelve por completo la tensión entre sus elementos absoluto y relativo. La “doctrina de la equidad” compatibiliza una vertiente absoluta –la obligación de tratar temas de interés público– con una relativa –que sea de modo equilibrado–. El derecho de acceso, considerado en puridad, carece de vertiente relativa, mientras que su vertiente absoluta promueve la incorporación de tantos discursos particulares sea posible. Indirectamente, se puede pensar que esto favorece entre la inclusión de asuntos de interés público que de otro modo no habrían sido tratados, por lo que la dimensión absoluta de ambas políticas no resultaría de por sí incompatible. El punto de fricción entre ambas políticas radica en la combinación del derecho de acceso y la dimensión relativa de la “doctrina de la equidad”. No siempre incorporar más puntos de vista o más temas a la discusión fomenta que esta sea equilibrada entre las diferentes posiciones o, simplemente, que sea un verdadero debate. En comunicación política, cambiar de tema de discusión suele ser un medio muy efectivo para desviar la agenda pública de asuntos que nos resultan desfavorables. Por esta vía, lejos de promover un debate equilibrado sobre asuntos de interés público, el derecho de acceso podría servir de herramienta para “enterrar” la discusión sobre algunos temas.

A pesar de este peligro, una articulación razonable de ambas políticas podría haber favorecido el equilibrio y el pluralismo en la esfera pública, así como la inclusión de grupos o ideas que, ya sea por su posición socioeconómica o por los intereses que defienden, cuentan con menos recursos. Por esta vía, se podía haber salvaguardado mejor la diversidad, la inclusión y el equilibrio de opiniones en el proceso democrático en un contexto en el que, como consecuencia de los cambios acaecidos en la estructura de la esfera pública de mediados del siglo XX, se encontraban bajo la amenaza de los actores que concentraban la influencia en el espectro mediático.

2.4. El fundamento de la regulación de la esfera pública: una vía más allá de los argumentos de la escasez y la acción estatal

En algunos puntos hemos presentado los conceptos de pluralismo, inclusión y equilibrio en la esfera pública como el horizonte normativo que guiaba la actuación de las autoridades estadounidenses. No obstante, hay que establecer matices. Pese a que la garantía de estos tres valores subyaciera a las regulaciones de la FCC y a los planteamientos de la jurisprudencia, la justificación legal de la intervención en el mercado audiovisual aparecía en ellos ligada a los argumentos de la escasez y de la

acción estatal. No se trataba, por tanto, de maximizar la dimensión social de la primera enmienda para lograr una esfera pública que respondiera a dichos ideales, como medio para una democracia de calidad, sino paliar los abusos y la concentración de poder que había producido el desarrollo de la sociedad contemporánea.

Por un lado, la escasez fue entendida como una imposibilidad técnica, un elemento externo que limita las posibilidades de debate, y justificaba una excepción. Por otro lado, el argumento de la acción estatal reforzaba la idea de una teoría donde los derechos que protege frente al Estado. Cuando alguna de las dos justificaciones no operaba, la intervención estatal para equilibrar posiciones en base a la primera enmienda decaía. Por ello, tanto el derecho a la participación de distintos grupos como la defensa del derecho de la audiencia a un debate democrático plural, inclusivo y equitativo solo prevalecía frente a los derechos de los emisores cuando existían circunstancias especiales.

El derecho a la libertad de expresión se siguió entendiendo como un derecho negativo de defensa frente al Estado. Solo en circunstancias excepcionales incluye un derecho de protección frente a las actividades de terceros y, todavía más excepcionalmente, un derecho positivo de prestación, que contenga obligaciones afirmativas de promoción de oportunidades y de igualdad. Esta comprensión de la libertad de expresión como una libertad negativa, acompañada de excepciones puntuales (no importa cuántas), sería la base del modelo estadounidense (Ammori 2012, pp. 4–6). Esta posición se ve apuntalada por los principios de desconfianza en el gobierno, absoluta neutralidad estatal, no redistribución y una estricta distinción entre público y privado (Ammori 2012, p. 13). En este modelo, la posibilidad de un derecho positivo queda descartada (Schauer 2008, p. 917).

La posición estadounidense queda enmarcada en lo que al comienzo hemos denominado aproximación deontológica. Los efectos de esta aproximación pueden verse en el debate generado alrededor de la regulación de las campañas electorales. En la mayoría de los países europeos está plenamente aceptado que las regulaciones de los gastos de campaña que buscan garantizar una cierta igualdad de oportunidades. Dicha regulación persigue que haya un cierto equilibrio y, para ello, limita o compensa la influencia que pueden ejercer factores como el dinero o los medios de comunicación privados. Como es bien conocido, esto no es plenamente compartido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos. En dicho país hubo un tiempo en que existía una legislación que buscaba fiscalizar y limitar tanto las aportaciones de individuos y empresas como el montante total que podía ser gastado por los candidatos o partidos. Dicha legislación, al igual que en otros países europeos, trataba precisamente de igualar el terreno de juego y equilibrar la influencia política de diferentes sectores de la sociedad. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró inconstitucional los límites de gastos (*Buckley v Valeo*, 1976) y, más recientemente, ha declarado inconstitucional los límites a las contribuciones a candidatos o campañas (*McCutcheon et al. v Federal Election Commission*, 2014). En la primera sentencia, el Tribunal sostuvo que “el concepto de que el gobierno pueda restringir la libertad de expresión de algunos elementos de nuestra sociedad para realzar la voz de otros es totalmente ajeno a la primera enmienda”. Existe un cierto paralelismo con la fundamentación de la “doctrina de la equidad”. A falta del argumento

de la escasez u acción estatal, no sería posible regular la esfera pública. La equidad en sí misma no es un fin que pueda ser perseguido bajo la constitución estadounidense.¹⁵

Existe todavía vivo, no obstante, un ámbito donde la jurisprudencia estadounidense admite cierto tipo de regulaciones que limitan el poder de los actores que ejercen de *gatekeepers* en el ámbito de la radiodifusión. Se trata de las reglas de transmisión (*must-carry regulations*), declaradas constitucionales en el fallo *Turner Broadcasting System, Inc. v FCC* (1997). Este caso analizó la compatibilidad entre la primera enmienda y las secciones 4 y 5 de la *Cable Television Consumer Protection and Competition Act (Cable Act)* de 1992, que imponían a los operadores de televisión por cable la obligación de dedicar parte de sus canales a retransmitir la señal de televisiones locales. El Tribunal Supremo consideró que se encontraba ante una regulación neutral respecto al contenido, que buscaba preservar la pluralidad de fuentes de información y promover una competición justa en un contexto de integración vertical y horizontal de los operadores en el creciente mercado de la televisión por cable. A criterio del Tribunal, las regulaciones neutrales respecto a contenido serían admisibles siempre que busquen promover un interés general importante, que no esté vinculado con la supresión de un punto de vista, y que la carga sustantiva no sea mayor que la necesaria para promover tales intereses. En el caso de *marras*, la mayoría consideró que la regulación promovía intereses legítimos, relacionados con prevenir la reducción del número de fuentes de información disponibles, y que las medidas eran razonables.¹⁶

Esta jurisprudencia sigue una línea generalmente admitida, que ha sido la regulación de los intermediarios de información, aquellos que controlan la infraestructura necesaria para hacer circular la misma. En diferentes etapas fueron el correo postal, el telégrafo o, actualmente, los proveedores de internet. A estos se les exige garantizar el acceso y no discriminar entre distintos emisores. La regulación de la *Federal Commission of Communications* sobre la neutralidad de la red (vid. *Preserving the Open Internet* [2010]), que prohíbe a las compañías telefónicas bloquear o discriminar entre páginas web, se encontraría entre este tipo de regulaciones. Estaríamos ante una excepción más al mencionado principio de no regulación.

3. Cuatro lecciones para el nuevo milenio

La “doctrina de la equidad” obligaba a tratar temas de interés público y, al hacerlo, a que diferentes puntos de vista estuvieran representados. El derecho de acceso apareció como

¹⁵ Esto parece haber sido corroborado en otra sentencia reciente del Tribunal Supremo estadounidense. Se trata de *Arizona Free Enterprise Club’s Freedom Club PAC v Bennett* [2011]. Este caso versaba sobre una norma del estado de Arizona que permitía que los candidatos recibieran un dólar de fondos públicos por cada dólar, de origen privado, gastado por el oponente político. La mayoría del Tribunal, a través del juez Roberts, decidió que dicha norma violaba la primera enmienda, dado que imponía una sanción a los candidatos que ejercían su derecho a recibir fondos, protegido por la primera enmienda. Contraria a esta posición, la juez Kagan, parte de la minoría de cuatro jueces, reintrodujo los argumentos sostenidos en el pasado por jueces como Brennan o Stevens, y señaló que nada de dicha norma contravenía la primera enmienda. Más bien, la regulación en esa línea promovía los valores que subyacen a la primera enmienda y la Constitución estadounidense, al mejorar las oportunidades para la discusión política y así promover que el gobierno sea sensible a la voluntad de la población, también de la más vulnerable.

¹⁶ Concretamente, el Tribunal Supremo señaló que en estos casos existe un estándar de examen de nivel medio, en el que los Tribunales deben actuar con deferencia hacia el legislador, que es quien tiene la competencia de evaluar la evidencia disponible, los riesgos y las alternativas de acción.

una propuesta para completar los puntos ciegos de la anterior a través de dos vías. Por un lado, dando posibilidades a quienes, por tener posiciones minoritarias o todavía no muy extendidas en la población, no son incorporados a la discusión pública y, por el otro lado, distribuyendo el poder de decidir el modo en que los argumentos son presentados. Las *must-carry regulations* buscan limitar el poder de quienes distribuyen información.

Más allá de las especificidades de cada tipo de regulación, lo relevante es que parten de un punto en común: tienen su fundamento en el valor de la autodeterminación colectiva y buscan que las posiciones políticas que de otro no tendrían visibilidad en la esfera pública tengan la oportunidad de ser escuchadas por la audiencia y, por tanto, puedan ser influyentes en el devenir de la sociedad. Prima la dimensión positiva del derecho a la libertad de expresión frente a aproximaciones de corte más liberal. El propósito siempre era incorporar en el proceso democrático a voces que pudieran quedar excluidas, así como reducir o limitar el poder de quienes ostentan posiciones de poder en la sociedad. El fin que se perseguía era la creación de una esfera pública donde la diversidad de voces estuviera representada equilibradamente, como vía para alcanzar una democracia más inclusiva.

Sin embargo, como hemos señalado, este tipo de regulaciones se configuraban como una excepción al modelo general promovido por la primera enmienda. De este modo, el proceso de acotación de las mismas o, directamente, el cambio en el contexto en que vieron la luz lleva fácilmente a su vacío. No obstante, si bien el contexto y los problemas han cambiado, la legitimidad del ideal normativo que guiaba el establecimiento de dichas regulaciones no ha variado.

Ciertamente, el avance de las tecnologías de la información ha delineado un escenario que poco se parece al de mediados del siglo XX. Regulaciones como el derecho de acceso carecen hoy de sentido, dado el abaratamiento de los costes de los equipos, el incremento de las posibilidades de emisión vía internet y la posibilidad de llegar a audiencias amplias por este medio. A pesar de ello, los problemas para que determinados discursos sean escuchados siguen presentes, ya que un contexto de sobreabundancia puede reproducir los problemas de uno de escasez. Hoy en día, la problemática surge no por el limitado número de discursos disponibles, sino por los efectos de la abundancia, entre los que se encuentra nuestra limitada capacidad de asimilar información (Wu 2020, p. 33). De ahí el papel clave que tiene hoy el diseño de las plataformas donde se distribuye la información, como las redes sociales.

En este contexto, la primera lección es abogar por una aproximación a la libertad de expresión que, frente al modelo de libertad negativa más excepciones, abogue por construir un modelo cuyo estándar de evaluación sea un horizonte normativo compartido. En otras palabras, que en vez de un análisis procedimentalista, prime el acercamiento al resultado. Este no sería otro que una esfera pública donde la diversidad de voces estuviera representada equilibradamente, como vía para alcanzar una democracia más inclusiva.

Más allá de los debates acerca de cómo concretar los valores del pluralismo, la inclusión y el equilibrio, estos ideales deben ser la guía que oriente la interpretación del derecho a

la libertad de expresión.¹⁷ El sistema democrático refuerza su legitimidad cuando los participantes en el proceso reconocen su capacidad de intervenir e influir en el resultado, aunque discrepen del mismo, y crean que van a poder seguir interviniendo en relación con decisiones futuras (Bohman 2000, p. 33). Esta afirmación arrastra la idea de que existe de una relación entre democracia e igualdad que, si es aceptada mayoritariamente a nivel de principios, está lejos de incontrovertida cuando llegamos al plano de la concreción. La mayoría, al menos, reconocen que todo ciudadano/a debe tener la oportunidad de participar y no puede ser excluido del proceso democrático. No obstante, los problemas de inclusión y la consecución de un cierto grado de igualdad de oportunidades entre los diferentes individuos, grupos o posiciones ideológicas están lejos de ser alcanzada. Las concentraciones de poder, riqueza y recursos culturales siguen atravesando nuestras sociedades y marcan el desarrollo del proceso democrático. Esto incluye a la esfera pública, tan relevante en el desenvolvimiento de las democracias contemporáneas. Por ello, la reflexión normativa acerca de los fundamentos de nuestros sistemas democráticos y el papel de valores como la inclusión, la equidad y el pluralismo siguen siendo necesarios, así como las regulaciones que traten de acercar el proceso democrático a dichos ideales.

Como tendencia general, se debe pasar de una situación donde se tiene exclusivamente en cuenta al ejercitante activo del derecho a otra donde los derechos de quien escucha – el público o la audiencia– pasan a tener una posición preeminente. También debe adquirir mayor relevancia en el debate el rol que la libertad de expresión tiene para el funcionamiento del sistema democrático, frente a otros fundamentos como la autonomía individual o la búsqueda de la verdad.¹⁸ En este cambio tuvo notable influencia la corriente iniciada con conocido texto de Alexander Meiklejohn, titulado *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948). En el mismo se otorga primacía al autogobierno y se pone el foco de la primera enmienda en la protección de discursos que, en un sentido amplio, sea de modo directo o indirecto, tratan sobre cuestiones de interés público (1948, p. 94).¹⁹ En cierta medida, esta posición pasa a convertir a la libertad de expresión en un

¹⁷ A pesar de la multiplicidad de aproximaciones en teoría de la democracia, esos valores se mantienen siempre en el núcleo del ideal democrático. Tanto desde los postulados de la democracia deliberativa, donde prima el intercambio de razones, como en los modelos de carácter agregativo marcado por factores estratégicos y competitivos, que ponen en el centro los intereses, las negociaciones y compromisos en un escenario, aparecen las exigencias de pluralismo e inclusividad. Si bien esto parece claro en el contexto de las propuestas deliberativas, dada apelación a un contexto ideal donde las decisiones sean tomadas en base a los mejores argumentos, conviene subrayarlo en el caso de las teorías agregativas. Un autor como Robert Dahl enfatiza la necesidad de una mínima igualdad en el ámbito de formación de las preferencias. Así las cosas, para este autor los estándares mínimos del proceso democrático incluyen la igual oportunidad de participación, la inclusión de todos y la capacidad de influir en la agenda pública (Dahl 1985, pp. 59–60).

¹⁸ El autogobierno colectivo / democracia, la autonomía individual y la búsqueda de la verdad son ampliamente reconocidos como los principales fundamentos que justifican el reconocimiento y protección del derecho a la libertad de expresión. Clasificaciones en esta línea, a veces con algún añadido, pueden encontrarse en Emerson (1963, pp. 878–879), Bork (1971, pp. 24–31), Karst (1975, pp. 23–26), Rosenfeld (2000, pp. 474–479) y Carbonell (2014, pp. 76–85). Para una justificación más plural véase la obra de Schauer (1982, pp. 3–88, 1983, pp. 1303–1305). Una aproximación unidimensional, en sentido opuesto a la de Meiklejohn, puede encontrarse en Redish (1982), que reivindica la autorrealización como el valor fundamental en apoyo de este derecho.

¹⁹ En fechas más recientes, Sunstein (1993, pp. 121–165) ha seguido la argumentación iniciada por Meiklejohn. En esta línea, ha desarrollado una teoría con dos niveles, donde establece diferencias en el grado de protección en función de si un discurso tiene valor de cara a la deliberación sobre asuntos públicos o no.

valor instrumental, un medio para la consecución de otro fin, que es la sociedad democrática (Ingber 1984, p. 4). Esto no supone dejar de lado la insustituible importancia que tiene la libertad de expresión para el desarrollo de la autonomía individual, sino asumir que en la cohesión con el resto de valores que descansan en su fundamento la dimensión social debe tener preeminencia. Como hemos señalado arriba, la distinción entre medidas de contenido y neutrales respecto al contenido ayuda a compatibilizar la (práctica total) ausencia de límites a lo que puede expresarse con la estricta regulación de la estructura de la esfera pública.

Esto conecta íntimamente con la segunda lección, relacionada con el tipo de aproximación que debe darse al derecho. Una aproximación que vaya más allá del paradigma de la libertad de expresión como una libertad negativa frente al Estado debería superar el marco teórico en que se fundamenta esta interpretación. La libertad de expresión siempre se ejerce en el marco de una regulación estatal –un ejemplo sería el reconocimiento del derecho de propiedad, que ya en sí mismo tiene como consecuencia una distribución de derechos y obligaciones en ámbitos de especial relevancia para el ejercicio de este derecho–. Por ello, como ha indicado Sunstein (1993, p. 93), la protección de la libertad de expresión debería superar la vieja dicotomía libertad *versus* intervención para centrarse en la pregunta de cuál es el tipo de regulación que garantiza que se cumplan los valores que se encuentran en el fundamento de la misma. En ocasiones, un marco regulatorio basado en el *laissez-faire*, que no compense las tendencias a la concentración del mercado audiovisual y, con ello, contribuya a otorgar a determinados actores privados la capacidad de excluir sistemáticamente discursos en función de su contenido, puede ser más lesiva de la libertad de expresión que una “política intervencionista” que contribuya al pluralismo, la inclusión y el equilibrio. En consecuencia, lo importante no es la intervención, sino la justificación en que se fundamenta la misma y si es adecuada para el fin que se pretende conseguir. Siguiendo de nuevo a Sunstein (1992, p. 271), debemos preguntarnos si la autoridad pública ha creado una estructura legal que favorece o restringe la libertad de expresión. Bajo esta aproximación, la interpretación que restringe la protección de la primera enmienda a las áreas donde existe acción estatal quedaría superada, dado que siempre existe un marco regulatorio que construye el escenario en que se disfruta de dicho derecho.

Esta sería, por ejemplo, la perspectiva desde la que justificar las políticas públicas contra la propagación de noticias falsas. Tomando como punto de partida el papel instrumental que la libertad de expresión para con el desarrollo del proceso democrático, en este ámbito no hay que tener únicamente el derecho de los emisores de información, sino también de los receptores. Siendo la información un elemento clave para la formación de una opinión sobre los asuntos de relevancia pública, ¿qué oyente está interesado en una esfera pública donde las noticias son difundidas sin tener en cuenta su verdad o falsedad? La generalización de las noticias falsas impide, precisamente, que la ciudadanía pueda formarse una opinión razonada de los temas en discusión, por lo que iría en contra del objetivo que la libertad de expresión pretende salvaguardar. Las medidas a tomar dependerán del examen de proporcionalidad que se haga en cada

Con los dos niveles trata de otorgar primacía a la vertiente político del derecho, a la vez que reconoce los otros valores que sirven de fundamento al mismo.

momento. Dentro de este, la distinción entre las políticas de contenido y las neutrales respecto a contenido puede jugar un importante papel,²⁰ al igual que la distinción entre el derecho a expresarse y el derecho a difundir ampliamente el mensaje. La concreción de las políticas es una cuestión de carácter técnico, que no tratamos en este trabajo. Lo importante en este punto es conocer su fundamento.

La tercera lección está relacionada con el argumento de la escasez. En el pasado siglo, la centralidad otorgada al argumento de la escasez apartó la discusión de los fundamentos normativos para centrarla en una cuestión coyuntural. A ello contribuyeron en parte los defensores de la “doctrina de la equidad” y del derecho de acceso a los medios de comunicación, ya que trataron la esfera pública como un monopolio natural y focalizaron su razonamiento en las consecuencias de dicho escenario. No siempre estuvo claro si esto se debía a la escasez propiciada por las condiciones tecnológicas o a que creían que la concentración era necesaria para lograr resonancia en las sociedades de masas (cfr. Lange 1973, p. 33). Suponiendo que fuera lo primero, allí donde el argumento de la escasez no operaba, la justificación de la intervención estatal para introducir nuevos discursos o equilibrar posiciones decaía. Este tipo de argumentación es la seguida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Sin embargo, el verdadero problema venía una situación donde el debate público era unidireccional y limitado, estando el poder de decisión concentrado en unas pocas manos. Esta situación creaba un desequilibrio de poder, por lo que tenía sentido la existencia de una regulación que enfrentara esta situación. Ahora bien, lo verdaderamente esencial era acabar con una esfera pública unidireccional, limitada y concentrada, ya que iba en contra de la inclusión, el equilibrio y la pluralidad. La escasez del espacio radioeléctrico no era la justificación última de la regulación de la esfera pública, sino un argumento que apoyaba la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Sin una situación escasez, la búsqueda de los fines señalados sigue siendo idónea, aunque tocará valorar si las medidas adoptadas son necesarias y proporcionales en el nuevo contexto.

Respecto a esto último conviene señalar dos puntos. El primero es que el peligro no surgía exclusivamente de la situación técnica de monopolio, sino de la interacción de esta circunstancia y otros factores, como la tendencia a la concentración de la propiedad de los medios de comunicación y la influencia de factores económicos como la publicidad en el discurso de los dichos medios. Era la economía y no la tecnología lo que se percibía como un verdadero riesgo para la igualdad en la esfera pública. Por tanto, la cuestión ayer y hoy no es simplemente si aumenta la posibilidad y la cantidad de puntos desde los que se ofrecen mensajes, sino si la distribución de la palabra continúa estando fuertemente condicionada por el poder relativo de las diferentes entidades que actúan en dicha esfera pública y, en consecuencia, si la cobertura informativa sigue estando sesgada en favor de los agentes con más poder (un argumento similar en Fiss 1999, p. 81). Durante el siglo XX existían áreas donde no operaba el argumento de la escasez, como la prensa escrita. Sin embargo, en dicho ámbito no solía haber más de cuatro o cinco periódicos de escala nacional en la mayoría de países occidentales. Dicha tendencia hacia la concentración se repetía en los medios de escala local o regional. En estos casos

²⁰ Las medidas tomadas por la aplicación Whatsapp durante la primavera de 2020, cuando gran parte del mundo se encontraba confinado debido a la amenaza de la COVID-19, por las que se limitaba el número de veremos que se podía reenviar un mensaje, sería un buen ejemplo de medida neutral respecto a contenido.

no nos encontrábamos con limitaciones de carácter técnico, sino económico (Sunstein 1993, p. 110).²¹ A efectos del derecho de libertad de expresión, ¿qué desaparezcan las barreras técnicas implica dejar de tener en cuenta las consecuencias de las tendencias económicas? No parece lo más sensato. Estas segundas siguen operando sobre la esfera pública del siglo XXI.

Conviene recordar aquí que la “doctrina de la equidad” tenía dos elementos. El elemento absoluto obligaba al tratamiento de los asuntos de interés público. Hay quien considera que, en la actualidad, la oportunidad de que sean tratados en algunos de los múltiples canales de difusión a nuestro alcance es suficiente garantía para que este elemento sea satisfecho. Sin embargo, se podría objetar que el desequilibrio de medios y posición hace que unos canales sean mejores que otros para situar estos debates en la agenda pública. La sobresaturación del flujo informativo convierte en esencial la existencia de nodos que estructuran y encauzan los diversos modos de comunicación, situando la agenda pública y los marcos del debate. Estos nodos/agentes, aunque haya variado tanto su carácter como la capacidad ciudadana para permearlos, siguen constituyendo un actor central de nuestras esferas públicas y continúan estando fuertemente condicionados por la estructura económica de la que forman parte. Tanto o más que durante el siglo XX. La capacidad de llegar a grandes audiencias de forma continuada sigue estando mediada por la posesión de recursos y las economías de escala. Igual la capacidad de influir en el contenido de los agentes que tienen una posición nodal. La escasez ahora no es de onda, es de capacidad de lograr la atención de la audiencia (Balkin 2003, p. 6).

En relación con el elemento relacional, este exigía que los diferentes puntos de vista fueran tratados. Esto no es una mera cuestión de cantidad. Igual que en el caso anterior, hay quien considera suficiente que exista la posibilidad de que dichos discursos lleguen a la arena pública. Bajo este punto de vista, la multiplicación de canales excluye a cada uno de ellos de la obligación de dar cabida en su interior a las diferentes opiniones. Esto tiene enormes consecuencias en la configuración de la esfera pública. Por un lado, elimina el debate al interior de unos medios de información que se han convertido cada vez más en partisanos de una determinada visión de la realidad. Con ello, sus lectores u oyentes no se ven confrontados con diferentes opiniones y los informadores no se ven sometidos al aguijón de la crítica en su mismo foro. Por otro lado, la posición que asocia una mayor cantidad de mensajes a pluralidad, inclusión y equidad olvida que la satisfacción de estos tres componentes depende de un factor relacional, como era el segundo elemento de la “doctrina de la equidad”.

Uno de los principios más atractivos de la asamblea como paradigma ideal de la toma de decisiones democrática, que se remonta a la antigua Atenas, no es que en la misma todos tengan la capacidad de hablar, sino que el acceso al debate es tan abierto –o lo que es lo mismo, la brecha entre grupo dirigente y dirigidos es tan pequeña en ese momento– que quienes no toman la palabra se sienten representados por quienes lo hacen. Ello se debe, entre otras cosas, a que cada persona que habla tiene la posibilidad de ser escuchado por el conjunto (en un sentido similar, Canby 1972, p. 736). Esto no se cumple dando simplemente la posibilidad a cada posición de entrar en la esfera pública

²¹ Análisis sobre cómo las dinámicas económicas en Estados Unidos y Reino Unido, respectivamente, han modelado la evolución de la prensa escrita y el tipo de voces que tenían presencia pueden encontrarse en Curran (2002, pp. 79–114; junto a Seaton 2018) y Pickard (2020, pp. 69–107).

contemporánea, dado que la capacidad de ser oído está en directa relación con el volumen del altavoz propio y el de quien propone unas ideas contrarias. La capacidad de hablar, incluso de hablar en la esfera pública, debe ser evaluada en relación con la capacidad de ser oídos y llegar a tener alguna influencia –en el caso de que la población se adhiera a nuestras propuestas–. El crecimiento ilimitado de unos puede provocar que el arrinconamiento del resto en la esfera pública, contribuyendo así a reproducir las asimetrías existentes, restringiendo participación y la capacidad para ser oídos.²²

En cuarto y último lugar, de la experiencia estadounidense debemos extraer algunas lecciones en lo relacionado con la efectividad de los diferentes tipos de regulaciones. Como hemos señalado, los resultados de la “doctrina de la equidad” fueron, a primera vista, escasos, dado el amplio margen de interpretación que se dejaba a los actores privados. Sin embargo, no se deben olvidar los posibles efectos indirectos de la regulación, como su contribución a la creación de espacios de discusión, a la vez, más plurales y menos polarizados. Su experiencia puede servir para pensar que son posibles reformulaciones de las normas algorítmicas que gobiernan el espacio de las redes sociales en un sentido que reduzca las burbujas y las cámaras de eco.

Al mismo tiempo, el análisis de resultados muestra la dificultad que enfrentan las regulaciones que tratan de limitar y dirigir la actuación de los actores privados. Estas ondulan entre una aplicación laxa que las lleva a la inoperancia y el riesgo o la acusación de cooptación por quienes controlan el poder político que tendría una acción estatal de carácter marcadamente intervencionista. Por ello, aparte de configurar una estructura institucional suficientemente compleja e independiente en lo referente a los órganos de control de la esfera pública, que evite este último riesgo y garantice que las políticas públicas que busquen configurar una esfera pública plural, incluso y equilibrada, los intentos de regulación en el siglo XXI deberían caminar hacia la distribución y disgregación de las mismas fuentes de difusión e intermediación, con medidas que eviten la concentración de poder antes que la domesticación de un poder ya concentrado y, sobre todo, con la minimización de la influencia del dinero en el funcionamiento de dichas plataformas. En el caso estadounidense, esto último se encuentra con grandes dificultades, como hemos explicado al tratar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la limitación del gasto en las campañas electorales. Sin embargo, si hay caminos que empiezan a explorar la posibilidad de limitar el poder de las grandes corporaciones tecnológicas a través de la legislación *antitrust* (vid. Nadler y Cicilline 2020).

En este contexto, una aproximación realista y pragmática, que tenga en cuenta las discusiones sobre comunicación política, resulta necesaria a la hora de concretar los fines de la regulación. Ya en años 70 del siglo pasado se reconocía que el objetivo de quienes desean transmitir su mensaje político a través de los medios no es, solamente, proporcionar nueva información al público, como quien lanza una piedra a fondo de un lago. Su verdadero objetivo es influir, esto es, persuadir y tener un impacto en la misma (Canby 1972, p. 729).²³ Por tanto, el trasfondo de la discusión no es solo el derecho de la

²² Argumentos en este sentido, que parecen ampliamente aceptados cuando hablamos de otros contextos competitivos asociados a la democracia como pueden ser las campañas electorales, apenas son examinados cuando tratamos con la falta de equidad en lo referente al mercado privado de comunicaciones.

²³ Este era el principal argumento detrás de la propuesta de quienes pretendían extender el ámbito de aplicación de la “doctrina de la equidad” a los anuncios comerciales. Igual que los anuncios comerciales, los

audiencia a tener disponible información a su alcance, sino también el derecho de diferentes grupos a tener igualdad de oportunidades a la hora de influir potencialmente en la esfera pública (Canby 1972, p. 732).

Si influir es el objetivo principal, toda regulación que pretenda equilibrar y diversificar los centros de producción de discursos que operan en la esfera pública debe tener en cuenta cuestiones como el tiempo, el lugar y la repetición. Estos factores pueden ser irrelevantes si de lo que tratamos es de la verdad o falsedad de un argumento, pero no lo son cuando lo que está en juego es ejercer presión a favor o en contra de una determinada política pública. Estas cuestiones siguen estando en discusión en los debates relacionados con los entornos digitales, donde el acceso puede estar garantizado, pero la visibilidad depende de los algoritmos y los recursos empleados.

La regulación de la esfera pública bajo el prisma del equilibrio en la capacidad de influir no debería buscar igualar la calidad argumentativa y el atractivo retórico de cada una de las posiciones. Eso quedaría en manos de quienes defienden las distintas posturas. El objetivo es más bien lograr que el “escenario” tenga el menor impacto posible a la hora de inclinar la balanza hacia una u otra posición (en el mismo sentido, Canby 1972, p. 735). Este siempre deber ser el objetivo de la regulación estructural de la esfera pública. En el caso de la segunda mitad del siglo XX, frente a los grandes medios de comunicación de masas. En la actualidad, en el mundo de internet y las redes sociales, así como frente a las grandes corporaciones de comunicación, que siguen operando en nuestra era. Solo en estas condiciones se puede lograr una esfera pública que, ya sea de forma deliberativa o competitiva, garantice la participación de todos los miembros de la comunidad política y, con ello, uno de los pilares democráticos de la sociedad.

4. Consideraciones finales

El recorrido por la jurisprudencia estadounidense permite reflexionar acerca de los cambios en la interpretación del contenido de la libertad de expresión y mostrar el recorrido de un debate que está lejos de ser reciente. La interpretación de este derecho

mensajes políticos tienen como objetivo influir en el comportamiento de la sociedad y, por tanto, no tiene sentido trazar diferencias entre ambos. En algunos casos, además, dichos anuncios comerciales versaban sobre temas políticamente controvertidos. En la década de los 70 del siglo pasado, el tabaco era uno de esos temas. Las empresas de cigarrillos eran uno de los principales anunciantes de televisión, donde trataban de vincular el consumo de su producto a imágenes como la elegancia o la sofisticación. El sector automovilístico era otro de estos sectores, tratando de promover la compra de coches grandes –y, por tanto, más contaminantes– bajo la idea de fuerza e independencia. Esto dio lugar a diversos casos donde los demandantes solicitaron, en base a la “doctrina de la equidad”, tener acceso a los medios de comunicación para poder apuntar los peligros para la salud y para el medioambiente, respectivamente (véase, *Banzhaf v FCC*, [D.C. Cir. 1968], [1969] y *Friends of the Earth v FCC*, [1970], [D.C. Cir. 1971]). Tras un primer intento de extender la aplicación de la “doctrina de la equidad” al ámbito comercial –véase *Banzhaf v FCC*–, limitando su efecto a los anuncios que trataran sobre temas de controversia pública, como era entonces el tabaco, dicha tentativa quedó finalmente sin efecto. Para conocer la discusión en torno a esta cuestión, puede consultarse Lynd (1969) y Straub (1978). Esta aproximación, además, conectaba con la evidencia que proporcionada con diferentes estudios acerca del efecto de los medios de comunicación en la opinión pública. Quedó ampliamente aceptado que la capacidad de los medios de comunicación para cambiar la opinión de la sociedad sobre cuestiones de alta controversia política es limitada. Su influencia es mayor cuando lo que se trata es de reforzar opiniones o prejuicios que la persona ya sostenía con carácter previo (Katz 1957, p. 72, Canby 1972, p. 740). Su efectividad, en cambio, es mayor en asuntos donde la audiencia carece de una opinión previa (Canby 1972, p. 741).

fue evolucionando, pero se mantuvo dentro del paradigma de una libertad negativa acompañada de un número más o menos amplio de excepciones. Como hemos señalado, el cambio tecnológico y la relación de los emisores con acción gubernamental jugaron un papel determinante en el razonamiento judicial de los tribunales estadounidenses. Por ello, las nuevas posibilidades abiertas por el desarrollo de las tecnologías de la información, junto a los cambios políticos de la época, provocaron el vaciamiento de los marcos regulatorios adoptados en décadas anteriores. Desde ese momento asistimos a una nueva era donde las posiciones que entienden la primera enmienda como una mera libertad negativa frente a la intervención estatal se volvieron a imponer.

La salud de nuestras esferas públicas y, consecuentemente, de nuestros sistemas democráticos ha sido puesta en entredicho desde distintas posiciones en los últimos años. Las consecuencias del desarrollo espontáneo sin apenas elementos normativos o políticas públicas de corrección están planteando problemas de los que recientemente nos estamos haciendo conscientes. En este contexto, han vuelto los debates acerca de los límites de la libertad de expresión. Estos se han centrado primero en los límites de contenido, como evidencia el auge de la discusión académica acerca de los discursos de odio y el acoso en redes sociales. Más recientemente, se está comenzando a plantear la discusión acerca del poder de los agentes que tienen una posición estructural en la configuración de la esfera pública. Recogiendo la expresión de Ammori (2012), la “arquitectura” delineada por el derecho está en cuestión.

La implementación del pluralismo, la igualdad de oportunidades para influir y el equilibrio de la información se enfrenta a problemas de carácter práctico, similares en algunos casos a las que se debatieron alrededor del derecho de acceso y la doctrina de la equidad. Las complejidades relacionadas con este último, que tenían que ver con el racionamiento del tiempo de emisión disponible, quedaron atrás cuando la revolución tecnológica de los últimos años multiplicó los canales disponibles al tiempo que abría nuevos espacios para emitir opiniones. Sin embargo, cuestiones como el establecimiento de criterios para definir cuáles son las diferentes posiciones y, una vez hecho esto, promocionar la presencia de los diferentes actores siguen en escena. De ahí el valor que tiene repaso de los debates del siglo XX. Quizás el pasado no sea la fuente de respuestas a nuestros problemas, pero siempre ayuda a ponerlos en perspectiva.

Referencias

- Ammori, M., 2008. The Fairness Doctrine: A Flawed Means to Attain a Noble Goal. *Administrative Law Review*, 60(4), 881–893.
- Ammori, M., 2012. First Amendment Architecture. *Wisconsin Law Review*, 1, 1–83.
- Balkin, J.M., 2003. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. *New York University Law Review* [en línea], 79(1), 2004/*Yale Law School, Public Law Working Paper* [en línea], No. 63. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.470842>
- Barron, J.A., 1967. Access to the Press. A New First Amendment Right. *Harvard Law Review* [en línea], 80(8), 1641–1678. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1339417>
- Bertoni, E.A., 2011. “New York Times vs. Sullivan” y la malicia real de la doctrina. En: M.P. Ávila Ordoñez, R. Ávila Santamaria y G. Gómez Germano, eds., *Libertad de*

expresión: debates, alcances y nueva agenda. Quito: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 255–273.

- Bohman, J., 2000. *Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy*. Cambridge, MA/Londres: The MIT Press.
- Bollinger, L.C., 2010. *Uninhibited, Robust and Wide-Open: A Free Press for a New Century*. Nueva York: Oxford University Press.
- Bork, R.H., 1971. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, 47(1), 1–35.
- Canby, W.C.J., 1972. The First Amendment Right to Persuade: Access to Radio and Television. *UCLA Law Review*, 19, 723–758.
- Carbonell, M., 2014. El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional. En: H. Vázquez Ramos, ed., *Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 75–88.
- Cohen, J., 1993. Freedom of Expression. *Philosophy & Public Affairs*, 22(3), 207–263.
- Cronauer, A., 1994. The Fairness Doctrine: A solution in Search of a Problem. *Federal Communications Law Journal*, 47(1), 51–77.
- Cueva, R., 2016. *El precio de la libertad de expresión: Daños, contingencias y ciudadanos*. Ciudad de México: Fontamara.
- Curran, J., 2002. *Media and Power*. Londres: Routledge.
- Curran, J., y Seaton, J., 2018. *Power without responsibility: Press, Broadcasting and the Internet in Britain (8a)*. Londres: Routledge.
- Dahl, R., 1985. *A preface to Economic Democracy*. Oxford: Polity Press.
- Emerson, T.I., 1963. Toward a general theory of the First Amendment. *Yale Law Journal*, 56, 877–956.
- Fiss, O., 1999. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa.
- Gargarella, R., 2011. Constitucionalismo y libertad de expresión. En: M.P. Ávila Ordoñez, R. Ávila Santamaria y G. Gómez Germano, eds., *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, pp. 31–62.
- Greenawalt, K., 1995. General Principles of Free Speech Adjudication in the United States and Canada. En: K. Greenawalt, *Fighting Words* [en línea]. Princeton University Press, pp. 11–27. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt7t26z.5>
- Harvey, S., 1998. Doing it my way – broadcasting regulation in capitalist cultures: the case of “fairness” and “impartiality.” *Media, Culture & Society*, 20(4), 535–556.
- Ingber, S., 1984. The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth. *Duke Law Journal*, 1, 1–91.
- Jaffe, L.L., 1972. The Editorial Responsibility of the Broadcaster: Reflections on Fairness and Access. *Harvard Law Review*, 85(4), 768–792.

- Karst, K.L., 1975. Equality as a Central Principle in the First Amendment. *The University of Chicago Law Review*, 43, 20–68.
- Katz, E., 1957. The Two-Step Flow of Communication: An Up-To-Date Report on an Hypothesis. *The Public Opinion Quarterly*, 21(1), 61–78.
- Kenyon, A.T., 2021a. *Democracy of Expression: Positive Free Speech and Law*. Cambridge University Press.
- Kenyon, A.T., 2021b. Positive Free Speech: A Democratic Freedom. *En: A Stone y F. Schauer, eds., The Oxford Handbook of Freedom of Speech*. Oxford University Press, 231–248.
- Lange, D.L., 1973. The Role of the Access Doctrine in the Regulation of the Mass Media: A Critical Review and Assessment. *North Carolina Law Review*, 52(1), 1–91.
- Levy, L.W., 1999. *Origins of the Bill of Rights*. Yale University Press.
- Lloyd, M., 2009. Red Lion Confusions. *Administrative Law Review*, 60(4), 869–879.
- Lynd, R.D., 1969. Banzhaf v FCC: Public Interest and the Fairness Doctrine. *Federal Communications Bar Journal*, 23(1), 39–56.
- Madison, J., 2006a. Resolutions against the Alien and Sedition Acts. Adopted by the General Assembly of Virginia, December 21, 1798 (PJM, XVII, 188-90). *En: R. Ketcham, ed., Selected writings of James Madison*. Cambridge, MA: Hackett, 239–242.
- Madison, J., 2006b. States Rights and Freedom of Expression. Report on the Virginia Resolutions, January 7, 1800 (PJM, XVII, 307-50). *En: R. Ketcham, ed., Selected writings of James Madison*. Cambridge, MA: Hackett, 247–269.
- Malone, D.M., 1972. Broadcasting, the Reluctant Dragon: Will the First Amendment Right of Access end the Suppressing of Controversial Ideas? *Journal of Law Reform*, 5(2), 193–277.
- Meiklejohn, A., 1948. *Free speech And Its Relation to Self-Government*. Nueva York: Harper & Brothers.
- Nadler, J., y Cicilline, D.N., 2020. *Investigation of Competition in Digital Markets*. House of Representatives, 117 Congress, 2nd session. CP 117-8.
- Oster, J., 2015. *Media Freedom as a Fundamental Right*. Cambridge University Press.
- Pérez de la Fuente, Ó., 2014. *Libertad de expresión y discurso político: Propaganda negativa y neutralidad de los medios en campañas electorales*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Pickard, V., 2018. The Strange Life and Death of the Fairness Doctrine: Tracing the Decline of Positive Freedoms in American Policy Discourse. *International Journal of Communication*, 12, 3434–3453.
- Pickard, V., 2020. *Democracy without Journalism? Confronting the Misinformation Society*. Oxford University Press.
- Redish, M.H., 1982. The Value of Free Speech. *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 591–645.

- Rosenfeld, M., 1976. The Jurisprudence of Fairness: Freedom Through Regulation in the Marketplace of Ideas. *Fordham Law Review*, 44(5), 877–922.
- Rosenfeld, M., 2000. La filosofía de la libertad de expresión en América. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 469–484.
- Schauer, F., 1982. *Free Speech: a philosophical enquiry*. Cambridge University Press.
- Schauer, F., 1983. Must Speech Be Special? *Northwestern University Law Review*, 78(5), 1284–1306.
- Schauer, F., 1993. The Political Incidence of the Free Speech Principle. *University of Colorado Law Review*, 64, 935–957.
- Schauer, F., 2008. Hohfeld's First Amendment. *The George Washington Law Review*, 76(4), 914–932.
- Straub, J.K., 1978. Problems in the Application of the Fairness Doctrine to Commercial Advertisements. *Villanova Law Review*, 23(2), 340–365.
- Sunstein, C., 1992. Free Speech Now. *University of Chicago Law Review*, 59(1), 255–316.
- Sunstein, C., 1993. *Democracy and The Problem of Free Speech*. Nueva York: The Free Press.
- Tedford, T.L., 1993. *Freedom of speech in the United States (2a)*. Nueva York: McGraw-Hill.
- Wu, T., 2020. Is The First Amendment Obsolete? In: D.E. Pozen, ed., *The Perilous Public Square: Structural Threads to Free Expression Today*. Nueva York: Columbia University Press, 32–76.

Jurisprudencia

- Abrams v United States*, 250 U.S. 616 (1919).
- Arizona Free Enterprise Club's Freedom Club PAC v Bennett* (564 U.S. 721 [2011]).
- Associated Press v United States*, 326 U. S. 1, 326 U. S. 20 (1945).
- Avins v Rutgers*, 385 F.2d 151, 153-54 (3d Cir. 1967).
- Banzhaf v FCC*, 05 F.2d 1082 [D.C. Cir. 1968], cert. denied, 396 U.S. 842 [1969].
- Brandenburg v Ohio* 395 U.S. 444 (1969).
- Buckley v Valeo*, 424 U.S. (1976).
- Business Executives' Move for Vietnam Peace v F.C.C.* 450 F.2d 642 (D.C. Cir. 1971).
- Columbia Broadcasting System, Inc (CBS) v Democratic National Comitee (DNC)* 412 U.S. 94 (1973).
- FCC v League of Women Voters of California* 468 U.S. 364 (1984).
- Friends of the Earth v FCC*, 24 F.C.C.2d 743 [1970], rev'd, 449 F.2d 1164 [D.C. Cir. 1971].
- Gitlow v New York*, 268 U.S. 652 [1925].
- Hague v Committee for Industrial Organization*, 307 US 496 (1939).

Hillside Community Church, Inc. v City of Tacoma, 76 Wn.2d 63 (1969).
Hudgens v NLRB 424 U.S. 507 (1976).
Kissinger v New York City Transit Authority, 274 F. Supp. 438 (S.D.N.Y. 1967).
Lloyd Corp., Ltd. v Tanner 407 U.S. 551 (1972).
Lochner v New York 198 U.S. 45 (1905).
Marsh v Alabama 326 US 501 (1945).
McCutcheon et. al. V Federal Election Commission, 572 U.S. (2014).
Miami Herald Publishing Co v Tornillo 418 U.S. 241 (1974).
New York Times Company v Sullivan 76 US 254 (1964).
Office of Communication of the United Church of Christ v FCC US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit - 465 F.2d 519 (D.C. Cir. 1969).
Police Department of City of Chicago v Mosley 208 U.S. 92 (1972).
Preserving the Open Internet, 25 FCC Rcd. 17,905, 17,984–91 [2010].
Red Lion Broadcasting Co. v FCC 395 U.S. 367 (1969).
Turner Broadcasting System, Inc. v FCC 520 U.S. 180 (1997).
Union Food Employees v Logan Valley Plaza, Inc. 391 U.S. 308 (1968).
Whitney v California, 274 U.S. 357 (1927).
Wirta v Alameda-Contra Costa Transit Dist., 68 Cal.2d 51 (1967).
Zucker v Panitz, 299 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1969).