

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A. TECNOLOGÍA Y ECONOMÍA DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE COMUNICACIÓN

ENTENDIENDO LA PROBLEMÁTICA

Como consecuencia de la revolución industrial, los avances tecnológicos se han desarrollado a un paso más acelerado que las legislaciones que los regulan. Así, los legisladores han pretendido crear regulaciones en un tema que les es ajeno. Por eso, tanto las leyes como la jurisprudencia se han desarrollado por el camino, quedando siempre un sin número de vacíos legales. Por esta razón debemos establecer qué entes hacen parte de toda la problemática existente en la actualidad, en el mundo de las nuevas tecnologías.

Es importante hacer primero claridad sobre qué entidades tienen jurisdicción y competencia sobre los medios de comunicación y las telecomunicaciones.

Una vez establecida dicha jurisdicción, hay que determinar qué medio es el que está en conflicto para, así, poder aplicar las normas pertinentes. Es decir, si es la radio, deberán aplicarse las normas dispuestas para todas las estaciones de radio. Esto parece fácil, pero se hace complejo cuando las tecnologías convergen y resulta difícil distinguirlas; es casi imposible, por ejemplo, cuando una compañía telefónica ofrece servicios

de Internet o de televisión satelital, establecer qué normas son las aplicables.

Teniendo ya como base la jurisdicción, el medio y el tipo de normas aplicables al medio, hay que tener en cuenta la estructura del mercado de esta industria, es decir, el medio económico a que pertenece, para que así quienes tienen que ver con el conflicto puedan entender claramente el problema, y darle una solución eficaz.

Finalmente, analizados todos los elementos anteriormente mencionados, es imprescindible hacer un estudio sobre la concentración en los medios de comunicación y nuevas tecnologías, ya que éste será el tema de mayor importancia durante este siglo. Es de máxima importancia que tanto los abogados como los legisladores comprendan qué sucede cuando dicha industria queda en manos de unos pocos, que por su influencia o poderío económico (monopolios), eventualmente vulneran la tan anhelada democracia tecnológica y la igualdad en la libre competencia.

Por lo tanto, se impone en nuestro estudio, primero, hacer un análisis sobre la jurisdicción de la Comisión Federal de Comunicaciones, agencia encargada de manejar todos los temas relacionados con las nuevas tecnologías y medios de comunicación en los Estados Unidos. Por ser éste el país pionero en el desarrollo del tema, es esencial conocer cómo funciona.

Segundo, hacer un estudio teórico legal con aplicaciones prácticas sobre la industria y las nuevas tecnologías, para así comprender qué tipo de normas son susceptibles de uso cuando se está frente a un conflicto relacionado con este tema.

Sin embargo, vale la pena aclarar, que siendo el sistema legal estadounidense casuístico y no estatutario, como lo es el sistema colombiano, no existe una norma determinada que abarque cualquier conflicto: cada caso varía según sus circunstancias. Esto es de gran utilidad para la legislación de las telecomunicaciones y nuevas

tecnologías en Colombia, su desarrollo en ciernes y el respectivo vacío legal claman por una base legal que les dé soporte y por un marco jurídico que las delimite.

B. COMISIÓN FEDERAL DE COMUNICACIONES

La Comisión Federal de Comunicaciones es una agencia dependiente del gobierno de los Estados Unidos, la cual responde directamente ante el Congreso. Fue creada en 1934 por el Acto de Comunicaciones del mismo año. Su función principal es la de regular las comunicaciones tanto interestatales como internacionales de radio, televisión, satélite, y cable. Su jurisdicción cubre los 50 Estados, el Distrito de Columbia y las demás posesiones estadinenses.

Está dirigida por 5 comisionados elegidos por el Presidente y confirmados por el Senado para un término de 5 años. El Presidente designa a uno de éstos para que presida la Comisión. Sólo tres de los comisionados pueden ser miembros del mismo partido político, y ninguno puede tener interés financiero alguno relacionado con los negocios de la Comisión. Estos comisionados supervisan toda las actividades correspondientes a la Comisión, y así mismo, delegan responsabilidades en seis divisiones internas distintas. Ellas son: Medios de comunicación, Servicios de Cable, Carriers Comunes, Información y Cumplimiento, Telecomunicaciones inalámbricas y una División de Asuntos Internacionales. Así está organizada en su estructura esta agencia, que muchos observadores tienden a calificar de mera fuente de adjudicaciones de licencias radiales o televisivas. Esto, probablemente porque esas son las formas más visibles de comunicación electrónica. Sin embargo, el Acto de Comunicaciones creador de esta Comisión le atribuyó diferentes tipos de jurisdicción, algunos de los cuales no aparecen claramente, pero en forma implícita desarrollan el objeto de la misma.

El Título tercero de este Acto le da competencia para regular los equipos que transmitan cualquier tipo de energía, comunicación o señales de radio en el ámbito nacional e internacional. Esto le permite tener bajo control tanto las estaciones de radio como las de televisión. Se puede

subdividir su jurisdicción en tres categorías. La más visible, sobre las estaciones de tele-transmisión, esta contemplada en unas provisiones especiales del título tercero. También en el título segundo, se regula cualquier tipo de satélite doméstico que transmita señales sobre el aire. Y, finalmente, este mismo título segundo le confiere competencia sobre las operaciones de cualquier tipo de carrier, es decir, desde los radios de los taxis hasta vía microondas inter-corporativas. Por último, la Comisión tiene una vaga jurisdicción sobre las actividades que no están reguladas ni en el título segundo ni en el tercero, pero que son definitivamente responsabilidad de la misma, como es el caso de la televisión por cable. Pero así como vemos que existe una división que atiende los asuntos de servicios por cable, encontramos también muchos vacíos jurídicos en aspectos esenciales de dicha transmisión.

Para poder manejar el tema de los medios electrónicos de comunicación, un abogado debe entender su tecnología y economía. Esto no debe causar ni sorpresa ni extrañeza. Sin un conocimiento general de la industria y su dinámica, el abogado no podría pedir ante un tribunal que se revisen documentos sobre la política de este tema, por su falta de bagaje. Por eso empezamos con una mirada a la infraestructura tecnológica y económica del tema. Somos conscientes de que muchos estudiantes de derecho piensan que temas como la tecnología y la economía son irrelevantes, algo que se les debe dejar sólo a los estudiosos del tema. Pero el mundo actual no funciona en esa forma para poder representar a un operador de cable, por ejemplo, el abogado no necesita saber cómo se arregla una línea de amplificación; pero sí debe entender cómo funciona y cuál es su finalidad.

C. TECNOLOGÍA

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La radio y la televisión son formas de energía electromagnética; por simple comparación, los sistemas de fibra óptica transmiten ondas de luz. Las ondas de radio no son muy diferentes de las corrientes eléctricas que pasan por cualquier casa, excepto que oscilan con mayor rapidez

y, por lo tanto, tienen una longitud de onda mucho más corta (o puesto en otra forma, frecuencias más altas). Ahora bien, los primeros usos de transmisiones electromagnéticas, como el telégrafo y el teléfono operaban en bajas frecuencias comparativamente, sin mucha diferencia con las de la corriente de una casa actual.

Los primeros experimentadores descubrieron pronto cómo transmitir las señales electromagnéticas inalámbricas.

En 1888, Heinrich Hertz envió energía electromagnética de un sitio a otro sin utilizar conexión de alambres (también mereció honor póstumo por haber medido frecuencias en términos de "Hertz"). Una década después, Guglielmo Marconi completó un diseño básico para la transmisión de radio punto a punto. Él tuvo la visión de que la radio era la alternativa al servicio del telégrafo en los sitios en donde los cables no pudieran emplearse. En 1899, Marconi dio inicio a una compañía en los Estados Unidos llamada "La compañía inalámbrica Marconi de América".

Sin embargo, su sistema era limitado para telegrafiar, porque transmitía destellos de energía, puntos o rayas, en vez de una onda continua.

Lo último que se necesitaba para transmitir la voz o la música fue desarrollado en 1901. (Las compañías de teléfono desarrollaron la capacidad de transmitir sonido por alambres de cobre algunas décadas atrás). Pero, para el cambio de siglo, la tecnología, básica para transmisión tanto de televisión como de radio, ya estaba desarrollada. Desde entonces ha florecido la tecnología de radio en variedad de servicios de voz, video e información, en lo que se conoce como AM y FM, Televisión, televisión por Cable, etc... y demás servicios de transmisión a través del aire.

Un simple pero común malentendido, hace relación al sistema análogo y digital de transmisión. Sin embargo, el término digital tiene una cierta mística, ya que es cierta forma de transmitir inteligencia-video, voz o información. La diferencia radica en que la tecnología análoga, utiliza

cambios en la amplitud o en la frecuencia, para transportar la información. En cambio, la tecnología digital tiene un sistema binario: éste rompe la inteligencia-video, voz o información en una serie de "0" y "1", lo cual tiene numerosas ventajas. Primero, la transmisión digital no está sujeta a interferencia si el requisito de números de "0" y "1" no son recibidos por la terminal, ésta esperará el número apropiado de dígitos. Segundo, como se explicará más adelante, es posible multiplicar casi ocho veces la cantidad de información digital que la análoga a una frecuencia, por medio de la comprensión de información digital. Finalmente, como la transmisión digital opera en un mundo binario, puede transmitir con mucho menos poder que el equivalente en un sistema análogo. Hasta finales de los noventa, el término digital era considerado como un término más publicitario que tecnológico. Para ese momento no estaban disponibles para el consumidor ningunos aparatos con este sistema; lo único digital eran los relojes que utilizaban números para mostrar la hora.

Hasta la última década, todos los tipos de información electrónica eran análogos; la radio, la televisión y el teléfono lo eran. La ventaja de este sistema es que requiere formas, sistemas, e instrumentos poco costosos. En los primeros días de transmisión de radio, la señal era generada con el paso del sonido sobre unas partículas cargadas con carbono, en lo que fue conocido como el micrófono; a medida que las partículas se movían, generaban diferentes niveles de voltaje, y esto creaba varias ondas eléctricas. En cambio, las señales digitales por naturaleza son binarias; esto quiere decir que la información se reduce a una serie de "0" o "1", representadas por la presencia o ausencia de energía eléctrica. Esta señal es equivalente a prender o apagar varios billones de veces algo por segundo. Diferentes combinaciones del prendido y apagado y sus posiciones dentro de un número de dígitos hacen posible que el sistema binario exprese números más altos que el cero y el uno. Por ejemplo, en un sistema de cuatro dígitos, 0001 puede ser 1, 0010 2, 0100 4, etc... . Esta transmisión puede incluir distintas posiciones eléctricas de encendido y apagado. El sistema digital tiene varias ventajas sobre el análogo. Primero, porque el rango de los valores de potencial eléctrico es sólo de dos (-on y off-), la posibilidad de interferencia eléctrica

es relativamente pequeña; una distorsión de una señal electromagnética muy fuerte puede poner fuera de sitio uno o dos bits, pero no la onda entera, como sí sucede en el sistema análogo. Segundo, la probabilidad de imprecisión es mucho menor, porque la transmisión afecta pocos bits al mismo tiempo. Tercero, es relativamente fácil crear sistemas de chequeo para estas señales, porque ellas son transmitidas en masas uniformes de cuatro o más dígitos. Si por algún motivo el receptor recibe menos de cuatro dígitos a la vez, registrará que hay falla en la transmisión, y pedirá otro tipo.

El lento despliegue de estos sistemas ha sido causado por los altos costos. Hacia finales de los noventa aún seguían los consumidores sin este tipo de productos en el mercado.

Pero dos factores han hecho cambiar esta situación. Primero, el incremento en el desarrollo de chips sofisticados ha reducido la cantidad de hardware para manejar por medio de señales digitales; y segundo, el incremento de aplicaciones digitales o instrumentos digitales a conducido a la manufacturación masiva de estos equipos, y eso ha reducido drásticamente el costo de los mismos. Como se verá más adelante, la tecnología digital ha tenido buen éxito dentro de la transmisión de los sistemas de cable y Dbs (señal directa satelital).

El desarrollo inicial, es decir, el primer siglo de transmisión fue netamente análogo. Tradicionalmente la radio AM y FM trabajaban de la misma manera. Ondas de sonido llegaban al micrófono por medio de una corriente constante. Las vibraciones de esas ondas sonoras alteraban la corriente eléctrica, que a su turno modulaba como "onda transportadora" emitida por el transmisor. El receptor "reversa" el proceso; el transportador modulado de ondas cambia la corriente eléctrica en el receptor, lo cual hace que el parlante reproduzca la onda original.

La radio AM se llama de tal manera porque usa "modulación amplia". La información o el mensaje está dentro de una señal impuesta por el transportador de la onda, el cual tiene una frecuencia constante. En efecto, el mensaje viaja a través de este transportador, y allí hay

variaciones en su fuerza; el receptor de radio desecha la onda transportadora y recibe sólo el mensaje convirtiéndolo en forma auditiva. La frecuencia AM es conocida también como el estándar de transmisión ya que fue la única forma de transmitir por muchos años.

Dada la baja frecuencia de las transmisiones electromagnéticas, el AM recibía solo una pequeña porción del espectro, o dicho en otra forma, sus bandas eran limitadas para recibir frecuencias. Sus canales son de 10 KHZ en los Estados Unidos, y de 9 en otros países desarrollados, lo cual permite incrementar el número de estaciones. En cambio, el FM tiene 200khz. El AM tiene cierta fidelidad, dado lo mencionado anteriormente, en comparación con los sistemas de transmisión posteriores.

Pero, por otro lado, esta frecuencia, como primera que fue transmitida por el aire, también resultó ser la locación de bajas frecuencias. Una frecuencia de transmisión se hace significativa según sus características de propagación, ya que ésta es la forma en que la señal viaja.

Las transmisiones de baja frecuencia viajan a largas distancias por dos razones: por reflejo de la ionosfera, en la noche vuelven a bajar al suelo y, además, constantemente se pegan a éste. Dependiendo de las condiciones atmosféricas, una transmisión de AM puede viajar por miles de kilómetros, en contraste con señales de alta frecuencia utilizadas por otros medios, las cuales no alcanzan tales distancias.

Mientras más baja sea la frecuencia, más fácil es su propagación y mejor su rango de cobertura. Una estación AM llevará más lejos su transmisión que una de FM o una de televisión, en igualdad de antena en cuanto a poder y altura. Una televisión VHF, es decir, de alta frecuencia (2-13 canales), siempre tendrá mejor señal que una UHF, es decir, de ultra alta frecuencia (14 canales o más). Para concluir, del AM sí se puede decir, de alguna manera, que intercambia alta fidelidad por mayor cobertura.

En 1930, fue desarrollada en Estados Unidos y autorizada para funcionar en 1941. Simultáneamente, la transmisión de televisión se desarrollaría y se experimentaron los primeros comerciales. Así mismo, la primera

cámara electrónica para transmisión televisiva había sido creada en 1929, pero, ya como conjunto cámara-televisión, se desarrollaría a partir de los años cuarenta. Con estos dos avances, el escenario para transmisión estaba creado, pero por circunstancias del momento (Segunda Guerra Mundial), el despliegue masivo de lo que se conoce como televisión comercial se daría sólo a finales de los años cuarenta.

Así como el sistema análogo de radio, trabaja el de televisión. El cambio radica en aspectos técnicos, por la diferencia de instrumentos. En la televisión, la luz ingresa a un tubo o chip y activa miles de elementos sensitivos, haciendo que éstos se reflejen de acuerdo con la cantidad de luz que hay dentro de cada uno de ellos. Es decir, mientras mayor sea la cantidad de luz contenida, mayor será el despliegue de electrones (elementos sensitivos) activados para dar la imagen requerida.

En el sistema estadinense, la cámara puede percibir los elementos de izquierda a derecha, cubriendo 525 hileras 30 veces por segundo; en otros países son aproximadamente 600 líneas o más, lo cual hace que la imagen sea comparativamente mejor. Repasemos cómo funciona el sistema. La luz entra a la cámara y activa miles de elementos sensitivos dentro de un tubo o chip, registrando determinada imagen. De allí se transmite inmediatamente mediante antenas que, de acuerdo con su potencia, serán captadas por los receptores. Existe también la posibilidad de que la cámara grabe la información y la transmita en diferido.

Ahora bien, en la televisión a color, cada uno de los elementos sensitivos a la luz contiene tres celdas con cada color primario, rojo, azul y verde, que se reflejan de acuerdo con su intensidad, y se separan individualmente dentro de ella. Es así como se proyectan las imágenes a color.

La transmisión de televisión requiere un espectro electromagnético mayor que el AM y el FM, por obvias razones. Una estación de televisión requiere de un canal de 6 MHz; éste es el total requerido por una frecuencia en AM. En los Estados Unidos, las estaciones de televisión VHF operan en un rango de 54 a 216 megahertz, las UHF en uno de 470 a 890 megahertz. Como las frecuencias UHF son más altas que las VHF, su

señal necesita más fuerza para transmitirse, lo cual hace que, si no existe este presupuesto, su cobertura sea menor y su señal sea de poca calidad. Hoy en día, las televisiones están equipadas para recibir UHF y VHF. En algunos países se utiliza sólo el UHF, pero para evitar su deficiencia de cobertura utilizan varias antenas multidireccionales con repetidoras para el cubrimiento. Por ejemplo, en las ciudades europeas se necesitan aproximadamente más de 50 transmisores en diferentes frecuencias para transmitir media docena de señales.

Estudiamos ahora la televisión por cable. Ésta utiliza esencialmente el mismo sistema de transmisión de televisión normal, excepto que su señal se distribuye a través de un cable coaxial y no por el aire. La gran limitación para el sistema de cable está en el número de canales que puede tener, que oscila entre los 80 y los 100, ya que, a partir de los noventa, la fibra óptica demostró que podía llevar más de mil canales a los usuarios por medio de sus sistemas.

El sistema de cable recibe señales de diversas fuentes: estaciones de televisión locales, satélites, vía microondas y videocasetes, que llegan a una unidad central de procesamiento llamada terminal. Allí las frecuencias de las señales se amplifican, se desconfiguran o se cambian en preparación para su futura distribución. Tecnología idéntica a ésta se utiliza en lo que se conoce como televisión satelital, que opera en casas o apartamentos en forma individual. Es importante anotar que, como esta televisión satelital opera en propiedad privada, generalmente no está sujeta a regulaciones del gobierno.

Los sistemas de distribución por cable utilizan "arquitectura árbol-rama" si así puede llamársela, ya que las señales se mueven desde una terminal en forma descendente a los suscriptores por medio de una serie de cables que varían de acuerdo con su magnitud. Lo que no se puede hacer por medio de este sistema es interconectar a los suscriptores; funciona lo mismo que el agua, la luz o el gas natural.

Unos pocos sistemas de cable tienen la capacidad de la doble vía, o sea, de ser interactivos; esto les permite a los suscriptores no sólo recibir

la señal sino también devolverla a dicha terminal. Esta tecnología ha existido ya por varios años, pero su problema radica en los altos costos y en su poca confiabilidad. Como resultado, aparece como "pague por ver", para películas o eventos deportivos, ya que esto se hace a través de un link telefónico con la terminal. La introducción de la fibra óptica facilitará cada vez más la posibilidad de la doble vía. Originalmente esta industria de la televisión por cable era un negocio local, consistente en que un empresario montaba una antena comunal con este sistema. Pero hoy en día eso desapareció y la concentración en la industria ha hecho que no sean más de cuatro las operadoras que prestan dicho servicio en Estados Unidos. Son grandes empresas que cuentan con capital y fuerza suficientes para mantenerse en operación.

Otro sistema que juega un papel importante en todo esto es el vídeo digital. La introducción de éste ha hecho que se mejore la calidad de imagen y el sonido en la transmisión, ya que, por su naturaleza, sus señales son de fácil compresión. Esto quiere decir que la señal se comprime en una banda delgada en la estación, luego se transmite, y finalmente se descomprime cuando la recibe el televidente. La razón por la cual es fácil comprimir dicha información en una banda delgada es que, dada la secuencia de la misma, la información no cambia considerablemente. Es decir, los fragmentos no cambian entre uno y otro. A diferencia de los sistemas no comprimidos de vídeo, en los cuales los elementos deben ser transmitidos varias veces hasta que se dé la imagen requerida.

Este sistema digital de radio y televisión apenas está empezando a surgir en los Estados Unidos; el problema que se ha presentado es que las industrias no se han podido poner de acuerdo en estándares comunes; esto es vital, ya que muchos observadores creen que el hardware debe ser el mismo para todos. En 1947 la Comisión Federal de Comunicaciones empezó a adjudicar las licencias, y de ahí en adelante se ha venido expandiendo, dicho sistema en los Estados Unidos. La idea de esta Comisión es que cada estación de televisión actual tenga un nuevo canal para transmisión digital, pero pueda mantener su estación con sistema análogo. Sin embargo, el contenido de las dos estaciones debe

ser idéntico, para eventualmente discontinuar dicho sistema y dejar uno solo digital.

La compresión de vídeo será un elemento importante para el cambio de canales mencionado anteriormente, ya que los canales digitales tendrán seis megahertz de ancho. Éste es el mismo grosor que el de las señales análogas. Pero, por la gran eficiencia de este sistema de vídeo, seis canales digitales pueden ser operados en el canal de uno análogo.

Éste sería el fin óptimo perseguido por todas las industrias. De la misma manera, aunque un poco más lento, este desarrollo se dará en la radio para que la fidelidad del sonido pueda ser como la de un compact disk. Otro componente de los medios electrónicos del futuro será la "TSD" Transmisión Satelital Directa (DBS); este servicio utiliza esencialmente un satélite geoestacionario en órbita, que puede cubrir el 42% del planeta, lo cual demuestra su gran importancia. Este sistema se dio en Europa a mediados de los noventa, cuando la televisión por cable estaba a medio desarrollar, y demostró grandes resultados. En los Estados Unidos empezó a surgir como gran competidor de los sistemas convencionales a finales de los noventa. Esto ha sido por distintos factores como:

- a) Desarrollos técnicos importantes.
- b) Desarrollo de convertidores para antenas caseras.
- c) Técnicas de videocompresión de alta tecnología.

Esta combinación de tecnologías les permitió a los suscriptores recibir más de 500 canales por medio de la suscripción a distintos servicios de DBS, TSD. Para finales de 1997, las cadenas que desarrollaron este sistema en los Estados Unidos tenían 5 millones de suscriptores, frente a 65 millones que tenían las de servicio de cable. El problema del DBS radica en su incapacidad de transmitir canales locales: si quiere hacerlo, debe contar con las cadenas locales, y adquirir una antena de una cadena externa.

Pero, en el futuro, y de hecho ya lo están haciendo, los satélites tendrán el poder de transmitir tanto los canales que ellos proveen como los locales, y aun más, podrán hacer esto para los radios de los carros, donde, con una antena del tamaño de una mano, los suscriptores podrán

tener cientos de canales en sus vehículos. Actualmente, en los Estados Unidos, este sistema de radio satelital lo ofrece una compañía denominada XS, con más de 150 canales distintos de radio. El único obstáculo hasta ahora es el alto costo, pero indudablemente se irá reduciendo. Este es el fenómeno económico que se da siempre que sale al mercado una nueva tecnología.

Así, pues, podemos ver cómo es de vital importancia para los abogados entender, así sea en forma general, cómo funcionan estos sistemas; sólo así podrán representar adecuadamente a sus clientes, sin tener que depender en un ciento por ciento de informes técnicos incomprensibles. Además, estamos seguros de que cada día los pleitos y conflictos tendrán mas que ver con estos temas.

Para mejor comprensión del tema, debemos dar también una explicación general de lo que conocemos como Telecomunicaciones, tema que a nadie puede serle indiferente en el ámbito de las nuevas tecnologías.

D. TELECOMUNICACIONES

Aunque este libro se refiere principalmente a los medios de comunicación, no puede sin embargo omitir alguna noción sobre las telecomunicaciones. Haciendo claridad que los medios de comunicación son todas aquellas tecnologías diferentes de la telefonía.

Primero porque los medios de comunicación utilizan las telecomunicaciones por una cantidad de razones, como para la distribución de ciertos programas a través de satélites o de las redes de cable.

Segundo, porque cada vez más la convergencia entre estos dos es inevitable, ya que complementan sus funciones. Si, por ejemplo, las compañías de teléfono entran en el mercado de la televisión por cable, sería casi imposible distinguirlos.

Los carriers (transportadores) de telecomunicaciones llevan mensajes no sólo de voz sino también de información y vídeo. A su vez, ofrecen

comunicación punto a punto. No controlan ni crean el contenido de los mensajes que llevan, y generalmente se les prohíbe ejercer cualquier tipo de censura sobre éstos. Están sometidos a ciertas restricciones como cualquier otro transportador, desde cierto ángulo que trataremos más adelante. Los dos carriers de telecomunicaciones más significativos son: el que conecta localmente a los suscriptores de teléfono entre sí, y el que conecta para larga distancia a los suscriptores. Éstos son los llamados sistemas de conmutador; el suscriptor hace la llamada a una central en donde termina su línea de teléfono, e inmediatamente se conecta con la línea a la cual está llamando. Estas oficinas centrales, en un principio, utilizaron operadores humanos para hacer los cambios e interconectar a las personas. Hoy en día, son modernos instrumentos electrónicos derivados de los computadores, los que hacen esa interconexión automáticamente. También están equipados para recibir señales digitales, lo cual es esencial, ya que en el mundo moderno muchas de las transmisiones son de alta velocidad y digitalizadas.

Como ya lo habíamos mencionado, el segundo mayor componente de las telecomunicaciones es el de larga distancia. En los Estados Unidos, la compañía ATT (American telephone and telegraph company) proveía virtualmente todo el servicio de larga distancia. Aunque hoy en día es la compañía dominante, otras como Sprint y MCI han entrado al mercado. Todas estas compañías utilizan mezclas de cable coaxial, microondas, satélites domésticos, y fibra óptica para llevar sus mensajes de larga distancia. Todas terminan sus líneas en una oficina central cercana a la central local, que después envía la señal al suscriptor.

En los últimos cien años, las compañías locales de telefonía han contado con alambre de cobre como tecnología de transmisión. Este alambre con un grosor de banda de 3 a 4 KHZ aproximadamente, resulta aceptable para la voz, pero poco favorable para música, y mucho menos para transmisión de alta velocidad de información.

En las últimas dos décadas se han visto grandes cambios en las tecnologías de transmisión; uno de los más importantes, si no el que más, fue el desarrollo y la comercialización de la fibra óptica. Ésta es

una forma muy pura y flexible de vidrio, cuyo grosor considerable de banda le permite transmitir ondas de luz generadas por láser.

A finales de los noventa, esta fibra tenía una capacidad de 1.5 a 750 MHZ. Este tipo de capacidad está dentro de las amplitudes de los cables coaxiales, pero dentro de poco la fibra óptica podrá ofrecer un grosor de banda de aproximadamente 20 a 30 giga hertz, el equivalente a dos mil o tres mil canales de vídeo. Esto es importante porque los bancos, compañías de seguros, oficinas de correo y demás grandes industrias comerciales necesitan ese tamaño de banda para transmitir la información. No se sabe con clara certeza cuándo podrán los suscriptores comunes y corrientes recibir este tipo de servicio, ya que el costo para cambiar todo el cableado existente sería extremadamente alto.

Por razones tanto económicas como tecnológicas las telecomunicaciones y los medios de telecomunicación tienden a converger porque su complementación hacen más eficientes a las industrias.

En los Estados Unidos, el Acto de Telecomunicaciones de 1996 cambió esta perspectiva drásticamente, porque como veremos más adelante, les permitió a las compañías de telefonía local crear, pero no comprar sistemas de cable dentro de sus áreas de servicio. Esto, de todos modos, originó después una discusión a nivel nacional, a raíz de la cual algunas compañías de cable y de teléfono decidieron no aliarse porque estarían fuera del marco legal, y además, porque la creación de nuevas compañías representaría altos costos.

ORGANIZACIÓN ECONÓMICA

El segundo aspecto importante para comprender el tema de los medios masivos de comunicación y su funcionamiento es el de la organización económica, de la cual depende.

En los medios masivos de comunicación, la utilidad varía según el medio utilizado. Las cadenas de televisión normales dependen básicamente de la publicidad, es decir, de los comerciales que consiguen como patrocinadores. En cambio, en la televisión por cable, la ganancia proviene de las afiliaciones y de los demás servicios que prestan a los suscriptores. Esto nos demuestra cómo en cada caso las ganancias derivan de distintas fuentes. En el caso de la televisión por cable, la publicidad genera entre 10 y 15 por ciento de sus ingresos, lo cual, como se puede ver, no es significativo. Mientras tanto, en las estaciones televisivas comunes el ingreso por concepto de publicidad está entre el 80 y el 90 por ciento. En una simple comparación, tres cadenas normales de televisión ganan en un año, por publicidad, lo que ganan todas las de televisión por cable. Esto obedece a que es mucho más amplio el acceso de los ciudadanos a las cadenas de televisión normales que a la televisión por cable, lo cual hace atractivo el negocio para las grandes compañías. Además, sigue siendo la mejor forma de brindarle información al consumidor, independientemente de que a éste le guste o no el mensaje transmitido. Claro que tiene un costo la transmisión de dicha publicidad, pero lo recuperan rápidamente con el margen de retorno que hay cuando el consumidor compra los productos.

La distribución de estas ganancias por publicidad entre los medios masivos de comunicación es bastante compleja; existen, en efecto, muchos intereses económicos de por medio, que por lo general, son absorbidos por las empresas o multinacionales más grandes, que tienen la capacidad tanto económica como política para establecerse en el medio.

Generalmente los publicistas de estas empresas simplemente contratan agencias para que les desarrollen un plan publicitario, y así mismo les compran lo que se conoce como tiempo al aire. Estas agencias, por lo general reciben el 15 % como compensación. La compra de este tiempo al aire se hace en distintas formas. Por ejemplo para televisión nacional, lo más común es que se compran espacios de segundos o minutos en una cadena de televisión. La cadena cobra por dicho espacio, pero garantiza un mínimo de audiencia para esos comerciales.

De esta manera vemos cómo el ingreso importante proviene primero de una compensación que se les paga a estas cadenas por transmitir la información, y aún más importante es el ingreso que obtienen como contraprestación a la venta de grandes bloques de publicidad de aproximadamente un minuto en horas de programación de alta audiencia, o donde el programa que se está transmitiendo tiene un rating por encima de 60. Por ejemplo, en un evento como la final de fútbol americano en Estados Unidos, un minuto al aire se vende por aproximadamente un millón de dólares.

Por otro lado, la televisión pública no tiene tan buenos márgenes de utilidad porque sus ingresos provienen de donaciones y del presupuesto de instituciones estatales; esto hace, primero, que los programas sean de baja calidad, con ciertas excepciones, y segundo, que su rating sea bajo. Además, con las crisis económicas que viven los países, los gobiernos han disminuido notablemente los subsidios a estas cadenas, lo cual posiblemente hará que estas cadenas desaparezcan en un futuro. Así vemos cómo las cuotas de suscripción tienen una ventaja natural sobre la publicidad, porque en la segunda se depende casi en su totalidad de la audiencia, sin saber con claridad su verdadero resultado; en cambio, con las cuotas de suscripción, se generan grandes utilidades,

porque el televidente paga con anticipación y ve lo que el programador cree que va a ser de gran interés para él.

En los medios de telecomunicación, la organización económica es mucho más simple que en los medios masivos, porque estas empresas se regulan como cualquier otro proveedor de un servicio. Esto quiere decir que operan de acuerdo con unas tasas que les permiten pagar sus costos de transporte y generar unos dividendos no muy altos. Esto es así porque, además, las agencias estatales se han encargado de vigilar cuidadosamente este aspecto en las empresas de telefonía local, por considerarse éste un servicio público esencial. En algunos Estados, se hace un pago mensual a una tasa estándar de acuerdo con el estrato, independientemente del número de llamadas que se hagan. En otros, el sistema se paga de acuerdo con la utilización del servicio, con lo cual se evita que quienes utilizan el servicio mas ampliamente resulten subsidiados por aquéllos que escasamente hacen uso de él.

También está el ingreso que reciben las compañías locales de teléfono por concepto de la conexión a las empresas de larga distancia; de allí deriva un porcentaje de sus entradas. De la misma manera, las empresas prestadoras del servicio de larga distancia generan su ingreso de acuerdo con la utilización del servicio, y obviamente sus tasas son más altas que las de telefonía local.

Entendidos de una manera general el funcionamiento y la organización económica de estos medios, importa saber cuáles son las bases y cómo es su regulación.

POLÍTICAS PARA LA REGULACIÓN

Las inquietudes en este capítulo versan sobre la regulación de los medios masivos de comunicación: Por qué existen leyes en esta área? Por qué existe un régimen particular para las comunicaciones? Existen alternativas a estos regímenes? ¿Cuáles son los costos para mantener este sistema?

A. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA DECISIÓN PARA REGULAR EN ESTADOS UNIDOS

La decisión de regular estos medios en los Estados Unidos evolucionó partiendo de un proceso no ordenado ni planeado. Ningún esquema gubernamental para parcelar las frecuencias existió hasta 1927, cuando se expidió el Acto de radio. Cuando empezó la radio, no existían ideas claras, ni bases económicas, ni asociaciones: Por ejemplo, los primeros transmisores diferían en sus misiones entre sí: para unos era la de vender radios y otros minutos comerciales dentro de las cadenas radiales. Así fue como la primera asociación nacional de transmisores afirmó que nunca se podría vender publicidad comercial. Esta perspectiva tuvo que cambiar rápidamente porque la evolución en el mercado hizo que los aspectos comerciales estuvieran por encima de los tecnológicos y de los industriales; por lo menos hasta 1990, los nuevos medios de comunicación, como la transmisión satelital directa, no emergieron únicamente porque podían proveer nuevos servicios. Como veremos, existen en efecto, dos fuerzas en este campo que son la del mercado y la de la tecnología; más significativa la del mercado, simplemente porque

con el concepto empresarial del medio es muy fácil derivar buenas ganancias de éste.

El enfoque comercial tiene tanto ventajas como desventajas. Por un lado la actitud "lessex fair" de los Estados Unidos desembocó en el pronto desarrollo de regulaciones en las técnicas de radio y transmisión. En esto aventajaron a otros países, pero se quedaron atrás en calidad de tecnologías. Fue, en efecto, ese país el que primero desarrolló la transmisión de televisión a nivel nacional, y, sin embargo, presenta hasta hoy menor calidad en la tecnología de transmisión que cualquier país de Occidente.

Al mismo tiempo, otros países optaron por otro espectro. Por ejemplo, el gobierno francés desarrolló su televisión con el doble de líneas del sistema estadounidense, basados en el supuesto de que las personas no verían televisión en casa sino en lugares públicos. Esto fue cortoplacista, porque quedarían relegados a sus propios estándares.

Algunos observadores tildan a los Estados Unidos de cortos de visión para planear políticas de telecomunicación, pues así se los ve en muchas áreas del desarrollo tecnológico. Por ejemplo, muchas naciones tienen el AM STEREO, y los Estados Unidos no, porque la Comisión Federal de Comunicaciones se ha negado a permitirlo. Consecuentemente los fabricantes no han querido comprometerse con esa tecnología en particular. Igualmente, la televisión de alta definición fue desarrollada en Europa y en el Japón, pero no en Estados Unidos; las compañías no lo hicieron hasta finales de los ochenta.

Por otro lado, muchas firmas estadounidenses han sido lentas en aprovechar las oportunidades que les han brindado la nueva legislación y las decisiones de la Corte. Por ejemplo las compañías de telefonía local de ATT no mostraron ningún interés en ofrecer el sistema de video programación, que podría hacerlas más competitivas en el futuro. Esto sugiere que según se perciben las fuerzas en el mercado, no habría base suficiente para crear una industria.

Abrumados con la poca satisfacción general que existía en la estructura gubernamental, el Congreso decidió expedir el Acto de Comunicaciones

de 1934. Este Acto hizo varios cambios organizacionales al modelo de la Comisión de Radio, y le dio a la nueva agencia mayor autoridad sobre todas las comunicaciones interestatales. Se enfocó primordialmente en la regulación de las licencias, asunto que daría pie a discusiones posteriores. Este punto de vista de la Comisión de Telecomunicaciones, de expedir licencias, resultó no de una facultad directamente otorgada por el Congreso sino como consecuencia de una interpretación dada a dicho Acto: en forma vaga se determinó que se debía evitar la acumulación masiva de frecuencias. Se estableció, como consecuencia, que sólo mediante un proceso podrían los interesados obtener licencias para poder transmitir. De esta manera, bajo las regulaciones del Acto. El número de cadenas se redujo de 732 a 593, se resolvió el problema de las interferencias, pero con la implicación de haber beneficiado los intereses de unos y perjudicado los de otros. Surge la inquietud de si debió compensárseles la lesión a aquellos perdedores y de cómo se valora esa pérdida?

Se pone entonces en tela de juicio, según los entendidos en la materia, la objetividad en el proceso de regulación; y si esto es así, entonces para qué regular? Lo único que, en efecto, se derivó de todo lo anterior fue un monopolio en cabeza de la compañía ATT, la cual quedó con el control casi total del acceso a la telefonía. Y más grave aún: las Cortes y miembros de las comisiones, según se sabe, eran poco expertos en el manejo del mercado de las telecomunicaciones, y entonces su impericia creó, como consecuencia, una situación problemática a nivel industrial y gubernamental.

Esto tendría que cambiar, dado que la desconfianza del público creó inseguridad, y se tomó la decisión de crear un nuevo modelo de regulación en todo este campo.

B. DEBATE SOBRE LAS POLÍTICAS DE REGULACIÓN

1. ALTERNATIVAS EN LAS ESTRUCTURAS DE MERCADO

En un sistema económico, es común que los recursos sean limitados y escasos, ya que la gente tiende a utilizar más de lo que existe. La tierra, el trabajo y el capital son escasos, pero esto, así visto, no requiere ninguna

regulación gubernamental. Por esta razón es que algún mecanismo de regulación se debe utilizar para saber quiénes pueden usar dichos recursos y de qué manera. La forma utilizada usualmente en la economía estadounidense es el mecanismo del precio; ésto determina quién puede utilizar los elementos sin necesidad de regulación.

El problema surgió en la adjudicación de licencias, porque nunca se crearon derechos de propiedad sobre ellas. Así por ejemplo, sabemos por experiencia que la tierra puede ser adjudicada a las persona sin necesidad de regulación simplemente asignándole un precio. Pero si no existieran los derechos de propiedad sobre la tierra, se daría una gran confusión respecto del derecho de las personas a utilizar cierta porción de ella. Por ejemplo: si una persona compra un pedazo de tierra y siembra en ella, y luego llega otra y construye una casa, y de la misma manera llega otra y tumba la casa y construye un parqueadero, sería una situación de caos. Aquí sería erróneo culpar al sistema competitivo y a la empresa privada, tal sistema no puede funcionar adecuadamente, a menos que exista un derecho de propiedad sobre ella; sólo entonces se puede utilizar el sistema del precio y del pago; Sólo queda el sistema legal que protege el derecho y el que dirime los conflictos. Entendido lo anterior y con la experiencia existente es claro y concluimos que no hay necesidad para el tipo de regulación estricta que encontramos en la industria de radio y televisión estadounidense.

2. EL SISTEMA DE PRECIOS Y DE ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS

No hay duda que utilizar el sistema de propiedad privada para la adjudicación de frecuencias es poco familiar para aquellos a quienes les conciernen las políticas de regulación de los medios.

Se pensaba que, en principio, la adjudicación de frecuencias debía darse como resultado de las fuerzas del mercado, más que como a una decisión gubernamental. Aparte de las malas adjudicaciones que resultan de las presiones políticas y de los esfuerzos infructuosos de las agencias administrativas existen dos problemas para este sistema. Primero que todo no es clara la relación costo-beneficio del mercado en cuanto a

frecuencias y segundo por la naturaleza de las cosas no se puede estar en posesión de toda la información relevante por parte de los gerentes de las empresas radiales para decir cuales son las preferencias de los consumidores en cuanto a los productos y servicios que podrían ser utilizados en las frecuencias de radio. De hecho largas investigaciones descubren parte de esta información y las decisiones de la Comisión Federal de Comunicaciones emergen después de largos proceso que toman años. Para simplificar lo dicho anteriormente esta comisión lo que ha hecho es adoptar un sin número de reglas arbitrarias que no benefician al medio.

Esta decisión no debe ser tomada para implicar que la adjudicación administrativa de recursos es peor que la adjudicación por el mecanismo de los precios del mercado. La operación del mismo no es gratuita y a veces los costos de operar ese mercado superan aquellos necesarios para operar la industria; en ese caso estaríamos dispuestos a aceptar el tema de la mala adjudicación de las frecuencias el cual es resultado de la inflexibilidad, presión política y falta de conocimiento de las agencias gubernamentales. No obstante que en los Estados Unidos poca gente cree en ello en la mayoría de las industrias debemos inferir que el sistema de los medios de comunicación no es un caso excepcional dentro de la concepción común.

Visto así, el sistema de precios donde aquel que tenga mayor capacidad económica es quien puede adquirir las licencias, deja de ser un problema ético en este campo ya que la adquisición la hacen grandes personas jurídicas. Todo lo que importa es si esa distribución de fondos contribuye a eficiencia y todo hace suponer que si; entre mas capacidad económica mas eficiente debe ser el servicio. Esta es la tendencia clara del mercado capitalista.

A título de ejemplo se puede decir que con todo y los esfuerzos de los negociantes de obras de arte el número de Rembrandts que existe en el mercado es limitado; pero esas pinturas se venden comúnmente en subastas. Así los trabajos de los pintores muertos sean únicos y limitados, si tomamos una percepción mas objetiva también vemos que todos los

factores de producción llegan a serlo. Claro que esta no es la manera en que vemos la relación tierra-trabajo. Como usualmente estamos preocupados con un problema particular no pensamos en términos de la cantidad total, sino de la cantidad para un uso particular. Ese procedimiento no es solo mas practico sino mas útil; también nos dice mucho acerca de los procesos de ajuste del trabajo frente al mercado. Sin embargo, la cantidad de recursos puede ser limitada en su totalidad, la cantidad disponible para un uso particular puede ser variable. Los productores en una industria particular pueden obtener los recursos que necesiten en el mercado, aunque es poco factible que consigan cantidades adicionales a menos que paguen más por ello. Este es el mecanismo que rige los factores de producción en casi todas las industrias. La industria de los medios de comunicación no utiliza un sistema diferente en cuanto a mecanismo de adjudicación. Es más, el uso del sistema de precios como mencionábamos anteriormente, hace las negociaciones mas fáciles aunque utiliza muy poco del espectro espacial que existe para dicho negocio. Lo que sucede es lo siguiente, una vez el gobierno establece el número de frecuencias, de acuerdo a las políticas internacionales, las industrias en un estilo de subasta dicen lo que están dispuestos a pagar. Obviamente aquellas con mas capacidad económica serán dueñas de las mismas. Lo que resulta imposible en este caso es concluir si este sistema de precios es el correcto y además si a las empresas de comunicación se les están adjudicando mas de las frecuencias establecidas por la comisión federal de comunicaciones. No habiendo tenido en el pasado un mercado para frecuencias, no sería posible saber su verdadero precio. Lo único que podemos decir es que esta compañías podrán obtener todas las frecuencias existentes y mas si están dispuestas a pagar un precio igual a la contribución que harían por este en otra industria. Es decir la industria de los medios de comunicación podrá obtener las frecuencias en la misma base que obtiene trabajo, edificios, tierra y equipos.

Un empleo completo del mecanismo de precos para la adjudicación de frecuencias en la radio significaría que las autoridades gubernamentales que están presentes como usuarios de estas frecuencias tuvieran que pagar por ellas. Esto no parecería necesario ya que el pago se haría a

través de otra agencia del gobierno. Simplemente sería un pago que saldría de un bolsillo del gobierno para entrar en otro. También parecería inapropiado que la adjudicación de los recursos para tales propósitos como la defensa nacional y la preservación del orden público así como de la vida humana, estarían sujetos a una compensación monetaria. Podría ser totalmente factible excluirlas de un sistema de precios a todas aquellas frecuencias que el gobierno y sus departamentos consideren que sean necesarias para cumplir cabalmente las razones mencionadas anteriormente. Pero son estos quienes deben medir cuando van a emprender una actividad particular si verdaderamente los beneficios envueltos son tales que no exista necesidad para la compensación. En este caso la actividad del gobierno es considerada tan esencial como para hacer cualquier clase de sacrificio. En otras palabras que el gobierno deba o no pagar depende de su proyecto.

El deseo del gobierno para mantenerse como dueño de las frecuencias de radio se unió a la falta de deseo para pagar su uso lo que trajo un mal hábito para la industria. Un operador al cual se le da una licencia para usar en una frecuencia particular, tiene un derecho muy valioso por sí y por ello estaría dispuesto a pagar una cantidad considerable de dinero si fuera el caso. Esta provisión de un recurso altamente valorado sin costo, mejora el ingreso de dinero a la estación, de lo que este habría sido en condiciones de mercado competitivas. Por esta razón se necesitaría de una investigación muy detallada para saber si los operadores privados de radio se han enriquecido como consecuencia de esta política gubernamental. Claro que indudablemente la gran utilidad de estas estaciones ha sido por el no costo del uso de las frecuencias.

Esta extraordinaria ganancia de las empresas de radio y televisión, que se da como consecuencia del sistema actual de adjudicación de frecuencias se vuelve aun más aparente cuando estas son vendidas. Incluso antes del Acto de 1927 se reconocía que las estaciones pasaban de un dueño a otro de acuerdo con el precio de las frecuencias, pero en la práctica y hoy en día lo que sucede es que se vende de acuerdo a las utilidades de la empresa lo cual cambia el panorama totalmente.

LA ADJUDICACIÓN DE FRECUENCIAS Y LA PROPIEDAD PRIVADA

Si el derecho a usar una frecuencia debe ser vendido, entonces, la naturaleza de ese derecho debe ser definida adecuadamente. Una simple respuesta sería dejar la situación esencialmente como está ahora. Los medios de comunicación comprarían el derecho para usar la frecuencia y transmitir por ella durante un periodo determinado. Esto trae como consecuencia un simple pago por la utilización de los servicios mencionados anteriormente, y así es como funciona el sistema actual.

Esto le haría posible a la persona o empresa que va a utilizar la frecuencia su determinación por medio del mercado, es decir, que dependiendo de las fuerzas de oferta y demanda y además del poder económico de dichas empresas o personas, se determinaría el uso de las frecuencias. Pero la puesta en funcionamiento de todo este sistema y su operación, está impuesto actualmente por la Comisión Federal de Comunicaciones quien limita en cierto modo esas fuerzas del mercado.

Podría discutirse que esta situación no es inusual, siendo que en los casos en que una persona, por ejemplo, compra un pedazo de tierra sus derechos sobre esta no son determinados por la fuerza del mercado, sino, por la ley de propiedad privada. Pero esto no es cierto en su totalidad, porque en el caso dado que una persona se encuentre una cueva, la ley determinaría quien es el dueño de ella, y reglamentaría su futuro uso. Pero lo que no puede hacer, es decir quien va a pagar más por la utilización de la misma, si esta fuera a ser utilizada por una compañía de gas, por ejemplo o por un banco para guardar sus archivos.

Esto lo establecen las fuerzas de mercado y de la libre competencia. Por eso uno de los propósitos del sistema legal es delimitar claramente los derechos de las personas y entre las personas. Esto de acuerdo a transferencias o combinaciones de los mismos que hacen los individuos DÍA a DÍA y que suceden como consecuencia de las fuerzas del mercado.

En el caso de la radio debería ser posible para aquel a quien se le adjudica la frecuencia poder hacer acuerdos con otra persona para prestarle los servicios de la misma, con los ajustes de operación, localización, transmisión, etc.; o también cuando se le da el derecho inicial a ciertas personas de hacer uso de frecuencias en compañía, a estas no se les debería prohibir la compra entre ellos de la parte a la cual tienen derecho.

La razón más evidente para la regulación gubernamental de la industria de la radio es para la prevención de la interferencia. Es claro que si las señales son transmitidas simultáneamente por una misma frecuencia estas interfieren y hacen que los mensajes transmitidos sean casi imposibles de entender. Por ejemplo, si en un mismo terreno se hace un cultivo de may y al mismo tiempo un parqueadero, esto traería las mismas consecuencias. La forma de evitar el caos en cuanto a estas situaciones, es la creación de los derechos de propiedad lo cual hace el uso de algo determinado, exclusivo. Por esa razón, se dio la creación de derechos de propiedad sobre las frecuencias, lo que de alguna manera evita dicho caos en la industria de la radio.

Algunas veces se dice que el objetivo para regular la industria de la radio es para minimizar la interferencia, pero esto es una concepción errónea, ya que debería ser para maximizar su cobertura. Todos los derechos de propiedad interfieren con la habilidad de las personas para utilizar recursos. Por esta razón, lo que debe ser asegurado es la ganancia como fruto de la interferencia, que las pérdidas derivadas de ella. No existe razón para suponer que la situación ideal es aquella en la que no existe interferencia, ya que eso se aleja de la realidad. En general, a medida que crece la distancia desde una estación de radio a sus receptores, esto hace más difícil la recepción y más fácil la interferencia. En algún

momento las personas decidirán que no vale la pena incurrir en los costos envueltos para la recepción de señales. Por ejemplo, una estación de radio local operando en la misma frecuencia sería fácilmente recibida por la misma gente. Pero esta estación operada simultáneamente con otra, las personas que viven en una región intermedia entre las dos estaciones les sería imposible recibir cualquiera de las dos señales. Por esto, las personas estarían mejor si alguna de las dos estaciones deja de operar y así no habría interferencia; pero el problema estaría con aquellos que viven en la región cercana a la estación que deja de operar. No es clara la solución en los casos que exista interferencia, ni se puede decir a ciencia cierta cual es preferible para el bienestar de todos. La reducción de interferencia en lo que se conoce como frecuencias adjuntas puede requerir mejoras costosas en los equipos y es poco probable que los operadores de estas frecuencias incurran en ellos para el simple beneficio de otros.

La institución de la propiedad privada además del sistema de precios resuelve de alguna manera el problema. Ya que al operador a quien las señales le fueron interferidas, si tuviera el derecho para parar dicha interferencia, estaría dispuesto a no utilizar ese derecho si en un principio, al momento de la adjudicación, hubiera pagado un excedente mayor a la pérdida que le causa la interferencia. Otro operador estaría dispuesto a pagar para dejar de interferir si tuviera este derecho, si se le pagara mas de lo que cuesta a este interferir. De cualquier manera este problema tiende a dar los mismos resultados así la solución sea distinta.

Si los problemas que encara la industria de los medios de comunicación no son fuera de lo común, entonces la pregunta es ¿por qué las soluciones son poco usuales? No hay duda que las Cortes resolverían por ellas mismas los problemas de esta industria de la misma manera o por analogía de los conflictos derivados de otras industrias. Por ejemplo, el problema de la interferencia de la radio fue examinado por analogía, igual al del problema de la interferencia en el cableado eléctrico, marcas, derechos sobre el agua, etc. Lo que terminaría para fortuna de la industria de las comunicaciones, cuando se establece el sistema regulatorio con el Acto de 1927, que dio garantías igualitarias a todos los operadores.

A. LA POSICIÓN ACTUAL

Si el propósito de la regulación del gobierno sobre las telecomunicaciones es influenciar la programación, entonces es irrelevante discutir si dicha regulación es necesaria para la tecnología de la industria. La pregunta entonces surge en cuanto a si esta regulación es compatible con la doctrina del derecho a la Libre Expresión y a la Libertad de Prensa. En general, esta no es una pregunta que ha molestado a aquellos que desean que la Comisión Federal de Comunicaciones controle la programación ampliamente, porque ellos piensan que existe una gran diferencia entre la publicación de periódicos, libros y la transmisión a través de los medios de comunicación. La Corte Suprema de los Estados Unidos hizo una diferencia entre la transmisión y la publicación de periódicos utilizando el supuesto de los recursos utilizados, argumento poco válido.

Lo que es claro, es la formación de las políticas, en cuanto a la transmisión, provienen de un pasado misterioso dados los avances tecnológicos. La creencia sobre que esta industria es única y requiere de una regulación especial, lo que sería impensable en otros medios de comunicación, es clara y hasta el momento poco criticable. La historia ha demostrado que dicha regulación sobre este medio demuestra que la crucial importancia de los eventos en los nuevos días del desarrollo determina las políticas gubernamentales a largo plazo. También sugiere que los abogados y economistas no deban sentirse tan abrumados por la existencia de nuevas tecnologías y los cambios bruscos y rápidos que esto trae en el sistema económico y en el sistema legal, por el contrario deben estar mas preparados para afrontar estos retos DÍA a DÍA.

B. MÁS ALLÁ DE LAS ESTRUCTURAS DEL MERCADO: LA CONSTITUCIONALIDAD DEL LICENCIAMIENTO

El licenciamiento o adjudicación de licencias es un medio para controlar la conducta del sector privado. Sin embargo, en la mayoría de los casos el licenciamiento administrativo se enfoca por la preocupación del bien común. Por lo general, seguridad, salud y el eficiente manejo de los recursos. Los permisos para construir edificios, trazar rutas de aviación, permisos para pescar y cazar son formas típicas en que se ejercen los poderes de licenciamiento.

Claro que el licenciamiento de transmisión es un concepto sui generis, ya que envuelve directa o indirectamente a la expresión del gobierno. Los que escribieron el Acto de Radio en 1927 contemplaron alguna intervención administrativa en la programación, particularmente enfocada a ciertos problemas existentes cuando se estaba al aire. Bien si fuera necesario o propuesto que la Comisión Federal de Comunicaciones usara el licenciamiento o adjudicación como medio de control, no es claro hasta el momento.

Por lo menos en teoría el gobierno retiene la propiedad sobre las frecuencias cuando las adjudica a una entidad privada, entonces la pregunta es ¿cómo puede la Comisión Federal de Comunicaciones adoptar la política de subastar licencias en 1990, especialmente cuando existía un límite de duración en cuanto está estatuido por el Acto de 1927? La respuesta no está en el Acto en si, sino en una política especial que de alguna manera autorizó las subastas en primer lugar.

La necesidad del licenciamiento de las estaciones no fue el resultado de un control intruso sobre el mismo, sin embargo, por más de medio siglo a la luz de la comisión, ese poder de licenciamiento es ineludible dado su estatus político y cuyos comisionados son nombrados políticamente. Si un grupo llegara a sentirse ultrajado por lo que se dice en una programación determinada o por otro lado por lo que se dejó de decir, éste puede pedirle a la agencia del gobierno que interceda ya que tiene jurisdicción sobre la misma. Por ejemplo esta comisión puede suprimir programas de contenido obsceno en horas de programación familiar y debe hacerlo sin poder cobijarse en la primera enmienda y al derecho a la libre expresión.

Lo que es debatible es si esta comisión debe haber tomado tal papel en cuanto a programación ya que como se indicaba anteriormente esto trae demasiadas implicaciones en cuanto a la Primera Enmienda y en cuanto a la Constitución se refiere, entonces son las Cortes las que deben decidir estos conflictos.

Por eso cabe hacer la reflexión en el caso colombiano, en donde existe la Comisión Nacional de Televisión y además hay una jurisdicción

constitucional. Entonces cuando se censura algún tema relacionado a la libre expresión y su influencia en las nuevas tecnologías de la industria, ¿Quién prevalece en su decisión? ¿O será necesario tomando el modelo norteamericano, suprimirle dichas atribuciones a la CNTV y dejar esto al arbitrio de las cortes?

¿O por otro lado sería necesaria la creación de una división especializada con atribuciones constitucionales en temas de medios de comunicación y libre expresión?

Nos parece relevante la creación de dicho ente ya que la tecnología sigue avanzando y deben existir entes expertos en el análisis del tema para la solución de este tipo de conflictos.

¿QUÉ ES LA TRANSMISIÓN?

Otro concepto elemental para comprender el fenómeno de las nuevas tecnologías es el de la transmisión, ya que este es el que distingue unos medios de otros y es eso lo que le permite desenvolverse dentro de un determinado marco jurídico.

Hasta hace poco la palabra transmisión hacía relación sólo a televisión o a radio, esto porque se hacía de una forma terrestre o aérea, que tecnológicamente no cambió durante muchos años y por ello su regulación se convirtió en algún modo estática. Pero con los avances tecnológicos eso cambió. Así sucedió en una sentencia de la corte del Distrito de Columbia en 1984. Allí el juez Mikva, juez del circuito, dijo: "De las innovaciones tecnológicas actuales que está revolucionando el campo de las comunicaciones, es el servicio de la transmisión directa satelital. Esto comprende una serie de señales desde la tierra hasta potentes satélites geoestacionarios quienes reflejan diréctamente a lugares individuales equipados para recibir su transmisión. El uso de estos satélites ha liberado a los medios de transmisión de las limitaciones atmosféricas que tradicionalmente los limitaba. Una simple señal satelital será capáz de abarcar la totalidad del continente americano.

Por esta razón, este tipo de transmisión promete ventajas significativas sobre la tecnología de televisión existente, por ejemplo: Servicio de alta calidad a los individuos de las zonas rurales o donde la transmisión normal es deficiente; la adición de un número mayor de canales en las

zonas urbanas; mejor definición en la señal de televisión y por supuesto en el sonido y en la cantidad de información recibida. Por esa razón se debe considerar a la televisión transmitida por satélite como un género aparte del cual, la comisión debe regular de manera independiente"¹.

Lo que este juez menciono en su momento con gran certeza sería el primer avance a lo que hoy existe en cuanto regulación de la televisión satelital. Ya que la tecnología entrando el siglo XXI definitivamente ha sobrepasado todas las expectativas.

Esto comenzó en 1960 cuando los satélites desarrollaron la facultad de transmitir señales a grandes distancias y así expandiendo el servicio de telecomunicaciones. Para esto el congreso creó la Corporación Satelital de Comunicaciones, una compañía privada subsidiada en parte por el gobierno quien debería proveer de información internacional satelital al país. En agosto de 1979 COMSAT anunció que esta tecnología estaba lista para comercializar el sistema de televisión satelital. En octubre de 1980 la Comisión Federal de Telecomunicaciones empezó a diligenciar domésticamente todo lo pertinente para que esto fuera posible, y allí se crearon una serie de regulaciones interinas que más adelante se desarrollarían. La problemática surgió en 1981 cuando se decidió hacer las regulaciones interinas primero y por encima de la aprobación internacional, lo cual hizo parecer que careciera de sustento. Sin embargo, más adelante ésto se resolvería quedando vigentes aquellas normas interinas. El 14 de julio de 1982 finalmente se dio aprobación para construir el primer sistema de experimentación satelital, bajo la decisión número 91 F.C.C 2D 953 (1982). Hoy en día es muy común este sistema de comunicación aunque subutilizado. La utilización de los satélites actuales esta dividida de la siguiente manera:

El 65 % entre Estados Unidos y Europa, el 31% Asia y el restante las demás regiones del mundo, lo cual demuestra qué países verdaderamente tienen tanto el poder económico como la tecnología para poder

¹ UNITED STATES COURT OF APPEALS, DISTRICT OF COLUMBIA, CIRCUIT 1984. 740F.2d 1190, 239 USAppD.C 87.

considerarse como los "Monopolios Satelitales". Vale la pena mencionar que dicha utilización hasta el momento ha sido para temas de comunicación interna y externa entre los gobiernos y todo lo concerniente a la seguridad nacional. Quedando así un gran margen de espacio para la televisión, la radio, el Internet, que en el futuro serán probablemente quienes ocupen la mayor importancia. De hecho actualmente ya están desarrollándose.

CONCLUSIÓN

Cuando una tecnología tan avanzada como la del sistema satelital directo se enfrenta a estatutos o normas redactadas décadas atrás, como en este caso lo fue el Acto de Comunicaciones de 1934, la Agencia encargada de administrar estos temas debe armonizar de la mejor manera posible los dos, tecnología y la regulación. Concluimos que la Comisión Federal de Comunicaciones lo ha hecho de una manera razonable y por ello solo han tratado de dar aplicación a aquellas normas que se puedan adaptar de lo contrario se deja a su propio desarrollo.

SUMINISTRO COMÚN

El concepto del suministro común es elusivo por varias razones. Primero porque la mayoría de los suministros comunes son servicios públicos como la luz, el gas, el teléfono y el agua. Estos generalmente se proveen a través de compañías públicas. Estas entidades requieren de grandes inversiones iniciales pero luego el margen de retorno es bastante bajo, lo que resulta en una curva de costo porcentualmente declinable. A menudo se les suele llamar "Monopolios Naturales" ya que el promedio de costo de producir el mismo margen de ingreso por dos o más compañías en competencia sería mayor. Por eso a menos que exista un radical declinaje en el costo de producción por medio de nueva tecnología, no existe incentivo alguno para que una segunda compañía entre al mercado. Es por ello que el Estado generalmente posee estas compañías y la cuestión de la efectividad de su administración es tema de otra discusión.

Así mismo el sistema de regulación de estas compañías, se ha encargado de que no exista ningún retorno o utilidad considerable en el negocio, simplemente, porque son servicios públicos para el bien de la comunidad.

Uno de los debates centrales que concierne a las telecomunicaciones durante los últimos años es si realmente ha tenido el estatus de monopolio natural o no. Ya que lo que demuestra la realidad difiere con la teoría. Algunas compañías pequeñas han logrado ofrecer servicios de telefonía local a menores precios, teniendo un margen de utilidad

más alto que el de las compañías públicas. Lo que demuestra que hoy en DÍA se ha cambiado bastante el concepto que se tenía del suministro común.

Este tipo tradicional de regulación del monopolio natural, lo que le garantiza a las compañías es el retorno del capital invertido por prestar un servicio particular a una tasa establecida. Identificar uno de estos monopolios a veces es complicado especialmente si la tecnología es dinámica. Por ejemplo, la telefonía de larga distancia cuando se desarrolló parecía ser un monopolio natural, ya que dependía de los alambres de cobre como medio de transmisión. Cuando la transmisión vía microondas se volvió asequible no hubo entonces razones para excluir a la competencia ni para regular a las compañías en su tasa de retorno ni de precios.

Con la entrada al mercado de pequeñas compañías de telefonía ingresaron nuevas formas de competición y los entes federales tuvieron que abandonar sus políticas tradicionales de regulación. Adoptaron el sistema británico original, que consistía en un tope de tasas, sin embargo, este sistema varía de país a país y de Estado a Estado. Se trabaja bajo la premisa de que el "carrier" no tiene garantizado el retorno sobre el capital invertido. Bajo este sistema del tope de precios usualmente la compañía puede incrementar sus precios reduciendo sus costos y así volverse más productiva.

Entonces nos preguntamos si todavía siquiera existe el sistema tradicional para los suministros comunes. Porque, como se ve en el mundo actual el sistema adoptado en el 95% del mundo es el del tope de precios. Ese tope está determinado por las entidades gubernamentales, lo que le permite a las compañías ofrecer distintos precios por la prestación de los servicios y es allí en donde nace la verdadera competencia.

Vale la pena aclarar que esos topes también tienen un límite mínimo y máximo.

Obviamente este es uno de los temas de mayor importancia actualmente en la industria de las telecomunicaciones, tanto en larga distancia como

en telefonía local. Pero también ha tenido un impacto notable en otro medio electrónico de comunicación como es la televisión por cable.

Si la televisión por cable es un monopolio natural o no, será un tema debatible durante la próxima década. La pregunta tiende a ser más bien, sobre qué parte de la industria de la televisión por cable es un monopolio.

Si este producto es de todo tipo de video o programas, presumiblemente no es un monopolio natural; si es en cuanto a la cantidad de canales, entonces podría ser un monopolio natural, a excepción de aquellas áreas en donde existe televisión satelital.

Por ejemplo, en 1992 con la expedición del Acto de la Televisión por Cable y en 1996 con la expedición del Acto de Telecomunicaciones se le quito el poder a las localidades municipales de regular las tasas de dicho medio, y se le conferían a la Comisión Federal de Comunicaciones las facultades de designar estas tasas.

A pesar que tradicionalmente se le conciba como un monopolio natural y por ello está sujeto a la regulación de tasa y retorno, surgen los cuestionamientos si por esa razón se le pueden aplicar las mismas normas de un suministro común.

Ahora definamos lo que se ha entendido por suministro común, para así determinar nuestras propias conclusiones. Los primeros acercamientos a esta definición se hicieron en el Código de Hammurabi cuando se decía que "un hombre le debe entregar a su vecino el dinero que este le ha dejado a guardar". Mas adelante el derecho romano estableció: "Location operis mercium vehendarum", que se refiere al transporte de mercancías por parte de los encargados para esta labor. En el siglo XIX la Ley común Británica definió a los transportadores comunes como los barcos, ferries, pequeñas embarcaciones, omnibuses y carruajes. Allí por primera vez se asemeja el término suministro común a transporte común, y finalmente para Norte América en 1934 con el Acto de Comunicaciones se define como: "Cualquier persona encargada de transportar tanto nacional como internacionalmente energía de radio transmisión".

Pero esta definición según las cortes americanas se prestaba para confusión y no proveía un concepto claro o preciso para poder resolver conflictos futuros. Como consecuencia de esto la Comisión Federal de Comunicaciones definió el suministro común como cualquier persona que proporcione un servicio de comunicaciones al público. Sin embargo esto no dejó satisfecho a la rama judicial ni a las propias agencias reguladoras del tema, ya que el punto crítico de este tema radica en su carácter cuasi público. Es decir, que se presta un servicio público por parte de empresas privadas. Toda esta discusión sobre la definición básicamente quería aclarar el tipo de jurisdicción al cual estarían sujetas, bien fuera federal si se les enmarcaba dentro del suministro común o estatal, si prestaban un servicio de sólo interés para una determinada región.

Pero este concepto sigue siendo y será bastante complejo de comprender ya que los cambios rápidos y radicales en esta industria no permiten detenerse prolongadamente a su estudio, y aún menos, cuando la tendencia actual sinergiza tecnologías, y distinguir las se convierte en un imposible jurídico.

Por ejemplo cuando las compañías locales de teléfono ofrecen servicios de base de datos entonces se apartan del concepto general de suministro común. Al contrario cuando las estaciones de televisión proveen transmisión de información directa tienden a parecerse más a un servicio de suministro. Esto hace que el tratamiento jurídico termine siendo un híbrido entre regulaciones antiguas, bases jurídicas como la primera enmienda y las legislaciones que intentan ponerse al tanto de la tecnología. Sin embargo tanto el Congreso como la Comisión aseguran que esto no es una combinación de los medios de comunicación y el suministro de un servicio público común, pero como hemos estudiado anteriormente, captar su diferencia es bastante complicado.

De tal manera que para los nuevos legisladores y los abogados que traten el tema es de vital importancia definir los conceptos de servicio público, suministro y tecnología de una manera adecuada para poder regular estos sistemas en beneficio de todas las partes interesadas, así evitando tanto los monopolios que se puedan crear como el atraso

de las legislaciones en el tema de los medios masivos y de las telecomunicaciones.

Es el caso actual de los Estados Unidos en donde según el último informe de la Comisión Nacional de Telecomunicación presentado el 12 de Febrero del 2002, el espíritu con el que fue creado el Acto de Telecomunicaciones de 1996 perdió totalmente su rumbo. En vez de evitarse los grandes monopolios, los Estados Unidos pasó de tener ocho (8) compañías de telefonía local a tener sólo cuatro (4). Y de esas cuatro dos (2) tienen el 65% del mercado total del país. Esto demuestra lo que ciertas legislaciones, que muchas veces se elaboran sin tener grandes conocimientos de las estructuras de mercado y de tecnología, terminan no cumpliendo sus objetivos y desfavoreciendo la libre competencia.

En los otros ámbitos que se da esta tendencia son, el de la Televisión, la Televisión por cable y el Internet, y que cada vez más se ilustra una palabra que para algunos puede infundir temor, y es la de *La posición dominante*. Esto se refiere a *aquel poder económico y político que alcanza a tener una compañía dentro de un determinado mercado que vulnera los derechos de su competencia*. Esta tendencia se ha venido incrementando en los últimos años en el mundo y especialmente en los Estados Unidos y es el tema del cual nos ocuparemos ahora.

ANÁLISIS A LA TENDENCIA MONOPOLÍSTICA ACTUAL DE LA INDUSTRIA

Como bien sabemos las grandes multinacionales en las telecomunicaciones han tratado de manejar el mercado y la industria, bien sea por medio de alianzas, fusiones, adquisiciones, etc. Así el espíritu de las leyes creadas no se los permita, la realidad demuestra lo contrario. Si esto es positivo o negativo, queda a consideración de los legisladores y aquellos interesados en el tema. Lo que no es debatible es la importancia y la incidencia que esto tiene en la economía y la sociedad actual. Por ello debemos hacer un estudio para una mejor ilustración del tema.

Durante la última generación, casi en todas las reuniones académicas en el tema de telecomunicaciones incluía verse una discusión sobre el tema de la convergencia. Los observadores tienen diferentes interpretaciones acerca de este talismánico término, pero en general contempla la combinación de transmisión, cable, fibra óptica, satélites en un sistema integrado de difusión de video, voz e información.

Con todo y la discusión conceptual y teórica, el primer sistema de convergencia está por verse. Es decir, muchas de las nuevas tecnologías han surgido ampliamente pero cada una tiende a operar en su propio ambiente económico y tecnológico. Por ejemplo, los satélites de transmisión directa (DBS) entraron al mercado y fueron económicamente viables en los 90, ofreciendo mejor calidad en la imagen y más canales que la televisión por cable. Pero su impacto inicial sobre el crecimiento de la televisión por cable fue mínimo porque todavía el suministro de este era complicado y tenía problemas en la manufacturación.

Cuando los reguladores y los políticos han tratado de contemplar los posibles candidatos para esta convergencia, se encuentran casi siempre con la estrecha relación entre la televisión por cable y las compañías locales de teléfono. Los observadores le han prestado particular atención al tema y se han dado cuenta que estos dos sistemas funcionan de una manera similar, ya que mandan señales electrónicas a través de un cable. Pero la similitud no termina allí ya que en el corto plazo se suministrarían de igual manera al gas o la electricidad. Lo cual crearía una verdadera convergencia en esta industria.

Además cada industria ha hecho maniobras poco ortodoxas para entrar y absorber a la otra. Pero todo queda allí, porque cuando eso estaría por suceder, entonces, la compañía de cable ofrece sistemas de voz e información, típicos de una de telefonía. Allí radica en algo la confusión sobre el particular.

El resultado de todo lo anterior es que los reguladores tiendan a pensar que estos dos tipos de sistemas están hechos el uno para el otro y entonces crean que las uniones o adquisiciones entre ellas sean anti-competitivas y se conviertan en practicas monopolísticas.

En este capitulo trataremos de examinar los efectos geográficos, de mercado y de competencia desleal más relevantes envueltos en el tema de las alianzas y las adquisiciones. No tiene por objeto dar estándares definitivos sino más bien sugerir algunos factores necesarios para el análisis anti-monopolístico en la industria.

Primero, este acercamiento requiere un análisis tecnológico como económico, para poder trazar los limites entre del servicio de cable y las telecomunicaciones. Pretendiendo también que cualquier tipo de abogado pueda comprenderlo. Segundo, existe información que ha sido suministrada informalmente por oficiales de la industria. Porque en realidad la información relevante es esta y no la que se le informa al público.

Quizás la razón por la cual hay que tomar este tipo de información mencionada anteriormente es que la doctrina o jurisprudencia es poca.

Por ejemplo, el primer acercamiento al tema se dio en 1971, en una reunión sobre la concentración en los medios de comunicación. Sin embargo algunos observadores, incluyendo a este autor, han elaborado observaciones casuales con relación al tema de la industria del cable. Pero ninguno ha hecho un tratado corto siquiera de las fusiones, alianzas y adquisiciones de cable-telecomunicaciones. Por ello es importante dar inicio al siguiente análisis.

ANÁLISIS AL MERCADO ANTIMONOPOLIO

Desde la creación de la leyes antimonopolísticas y su marco de acción, el primer paso a tomar fue el de definir la economía de mercado. Esta tarea requiere la consideración de dos tipos de mercados diferentes. El primero el mercado de los productos y el segundo el mercado geográfico.

Definir el mercado del producto es importante por dos razones. La primera de ellas es que entre más bienes y servicios existentes en él, pues más grande su tamaño y por lo tanto menor la utilidad de las compañías que actúan individualmente, dada por la mayor competencia. También la definición de este tipo de mercado tiende a influenciar la definición del mercado geográfico. Afecta también la determinación de los productos relevantes y por ende el arrea de qué tan efectiva es la competencia entre las empresas.

A. MERCADO DEL PRODUCTO

El asunto primario con el que hay que tratar para definirlo es si las empresas que se están aliando están en competencia entre ellas. Si venden los mismos bienes y servicios, pues claro se reduce el número de competidores y eso incrementa la utilidad. Pero así mismo el número de bienes y servicios para que el consumidor consuma se reducen. Claro que si controlan una parte significativa del mercado puede suceder que se reduzca la competencia y los precios se vuelvan muy competitivos perdiendo el margen de ganancia entre los consumidores y los compradores.

En términos económicos quiere decir que es una cuestión de elasticidad de la demanda, es decir si las empresas pueden subir sus precios sin

perder clientes. Si lo logran entonces, definitivamente la competencia se reduce.

La definición clásica de este tipo de mercado proviene de una sentencia del caso ESTADOS UNIDOS VS. Du Pont de Memours y Cia. La cuestión aquí radicó en si el papel celofán competía con otro tipo de papeles para envolver o era una industria aparte y por ello no violaría las reglas en la materia. A lo cual la Corte dijo: "Un mercado está compuesto de productos que tienen una intercambiabilidad razonable para los propósitos que ellos son producidos. Lo que quiere decir, que mientras esto sea así, no se puede clasificar como un monopolio. Hay que determinar haciendo un examen los patrones de consumo, para decidir si los compradores se cambian de un producto a otro libremente, de papel celofán a papel aluminio o de televisión por cable a sistemas satelitales. Naturalmente los patrones no son muy claros y comparativamente la información de mercadeo que existe es bastante subjetiva. Por esta razón, las determinaciones que se puedan tomar son más por percepción propia de las cortes que cualquier otra cosa".

Generalmente las cortes son vagas al explicar como llegan a determinar el mercado del producto cuando se refiere a los medios que ofrecen un servicio de canales múltiples. Es así como para llegar a la definición de lo que es el mercado del producto utilizan alternativas, es decir, ir a los submercados e individualizar bienes y servicios. Una vez individualizados, es mucho más fácil determinar en qué línea de comercio está cada uno; bien sea vertical u horizontal lo cual hace más práctico el análisis del tema. Aunque recordemos que todo esto se hace por la importante razón de determinar que línea de servicio es y así saber si las empresas están haciendo practicas monopolísticas.

B. MERCADO GEOGRÁFICO

Una vez establecido el mercado del producto encontrar el mercado geográfico es mucho más fácil. La pregunta que surge es si las compañías que se unen pueden hacerlo con suficiente fuerza conjunta que merme el potencial de sus competidores. Esto sucede en el caso de las compañías

nacionales que compran compañías locales. Allí el tema de la geografía toma un papel importante ya que para estas multinacionales por su poderío económico les es menos costoso ofrecer su producto en las localidades que a sus competidores, lo que de por sí, ya contaría el equilibrio en la libre competición.

Ahora para poder aplicar las leyes tradicionales antimonopolísticas a las alianzas entre cable y telecomunicaciones es necesario entender el "status" tecnológico y económico de las mismas. Así como también su desarrollo en el futuro. Aunque las compañías locales de teléfono y las empresas de televisión por cable, no son los únicos que ofrecen el servicio de múltiples canales, si son los más fuertes en el mercado. Ya que los demás penetran en el mercado de una forma mucho más sutil. Después de varios intentos fútiles de crear la industria del sistema satelital directo en los últimos 15 años cuatro servicios lanzados en 1996 atrajeron grandes cantidades de suscriptores, algunos a expensas de los operadores de cable. Para finales de 1991 el número de suscriptores a este sistema satelital era de 12 millones y las únicas dos compañías que quedaban en el mercado propusieron unirse. Esto las habría convertido en la segunda compañía más grande en los Estados Unidos con el servicio de múltiples canales, detrás de TCI y MEDIA ONE, las dos poseídas por ATT. Esto demostró como el mercado podía quedar reducido a dos compañías y como los potenciales competidores quedaron reducidos a casi nada. Estos dos tipos de tecnologías transmiten bajo los mismos sistemas cerrados de transmisión, bien sea por alambres de cobre o cables coaxiales por medio de señales análogas o digitales. Lo único que hacen para diferenciarse es cambiar su nombre o denominación en el sistema utilizado, pero básicamente son lo mismo. Aunque vale la pena aclarar que una vez establecidos estos sistemas, como ya se está viendo, el costo es bastante alto y de alguna manera su grado de confiabilidad no es de 100 %. Por ello sería bueno ver que tanta utilidad pueden recibir las compañías después de unir sistemas a altísimos costos.

Esto nos lleva nuevamente a nuestro comentario inicial, donde las tecnologías se unen tanto, que distinguirlas es casi imposible y entonces

el tipo de regulación a utilizar es incierto. Y más allá si la unificación de sistema es tan costosa y la utilidad no se aprecia en corto plazo, vale la pena entonces fusionarse o en tal caso, adquirir una empresa. Además sabiendo que el sistema de fibra óptica a largo plazo va a proveer a sus suscriptores con muchos y mejores servicios que los que podrían ofrecer las de cable y telefonía unidas. Esto por la gran efectividad del sistema de fibra óptica que con inversiones no tan altas ya ha logrado posicionarse en el mercado como la salida a tanta masificación de tecnología. Tal es el caso, que si se pudiera hablarse de un monopolio natural en las telecomunicaciones tendríamos que hacer referencia a la fibra óptica.

Por todo lo anterior podemos concluir en relación al tema de los monopolios y de la concentración de tecnologías, que no existe una respuesta fija para resolver la problemática. Todo depende de las circunstancias de cada caso y del tipo de unión, bien sea esta vertical u horizontal. Nadie hasta ahora ha podido descifrar ni inventar una idea para el tratamiento del tema, quizás nos veremos enfrentados en el futuro a algo que llamemos "Compufonovision", que sería la unión de las funciones del computador, el teléfono y la televisión y para ese momento hay que tener la suficiente preparación en el tema, para distinguirlas y regularlas independientemente o para unirlas y regularlas de una manera común, o tal vez sea tal el desarrollo y avance tecnológico en el futuro que quedemos reducidos a un solo sistema que sea susceptible de regulación. Por ello algunos autores se atreven a afirmar que actualmente no debe ser de gran preocupación la regulación drástica de los monopolios, porque a largo plazo eso beneficiará a toda la industria².

Haremos referencia a unos casos específicos que han vuelto a despertar la discusión de las alianzas, y las adquisiciones frente a las leyes antimonopolio y libre competencia³.

² CABLE-TELCO MERGERS AND ACQUISITIONS , CONFERENCE ANALISIS. 1996,Michael Botein.

³ CABLE AND NEW MEDIA Law and Finance. Volumen XIX, November 2001.

El primero al que haremos referencia es al de la adquisición por parte de la compañía de Televisión Satelital Echo Star a Direct TV por la suma de 26 billones de dólares. Esto sucedió el 29 de octubre de 2001 y representa la consolidación de la televisión satelital, un sector que ha sido el competidor directo de los servicios de televisión por cable. Además se convierte en un nuevo reto para sus reguladores. Si ellos aprecian el negocio como tradicionalmente se haría, es decir, como la combinación de los dos operadores de televisión satelital de Norte América, entonces su aprobación vulneraría todas las leyes antimonopolio y de libre competencia. Pero si los reguladores aprecian esta adquisición para hacerle competencia a los sistemas de televisión por cable, como ATT, AOL, Time Warner y Comcast, entonces cambia la perspectiva y ya no existe tal perjuicio. Este tipo de dilema es el que presentan actualmente tanto la Comisión Federal de Comunicaciones como los legisladores, y por lo tanto deben ponerla bajo examen.

Es de tal relevancia el tema porque Echo Star domina el 40% del mercado y Direct TV el restante 60%, entonces se cuestiona si ellos eliminasen totalmente a la competición, lo que la convierte inmediatamente en un monopolio. Además también entra a revisarse el Acto de Comunicaciones de 1996, que como mencionábamos anteriormente lo que busca es promover la Libre Competencia, reducir los costos a los consumidores y eliminar barreras para las nuevas empresas. Cabe comentar que aun siendo complejo este tema, puede volverse todavía más complicado. La razón es que en el caso expuesto, este tipo de unión se denomina Horizontal, queriendo decir que dos compañías de la misma arrea de mercado se unen, es decir televisión satelital con televisión satelital. Así no más el tema crea dificultad para sus reguladores. Ahora existe también la unión Vertical, y es aquella en donde se unen dos o más compañías de un área diferente de mercado, es decir, por ejemplo televisión satelital con telefonía local, y ahí el tema toma otro rumbo con implicaciones serias dentro de una democracia económica.

Este primer caso nos muestra dos perspectivas ante un mismo hecho, y son cuestiones que no tienen una respuesta precisa, cada estado y sus legisladores deben adoptar las medidas que crean convenientes para la solución de este tipo de conflictos, procurando el bien común.

El segundo caso es el que hace relación a la unión o a la adquisición (esto porque está por determinarse si verdaderamente se creara una nueva empresa lo cual sería una unión, o si simplemente si las dos están complementando sus servicios y repartiéndose las utilidades), entre AOL (América On Line) la empresa de Internet mas grande de los Estados Unidos y Time Warner, una de las empresas más grandes en la televisión por cable, en el mercado de las revistas y en el servicio de Internet vía telefónica. Quedando así con el 60% del mercado de Internet y el 20% de la televisión por cable. Demostrando de alguna manera como ciertas alianzas pueden terminar acaparando determinada industria⁴.

Claro está que este mercado es bastante concentrado existiendo pocas empresas que realmente presten el servicio de una manera competitiva. Por ello la solución con la que la Comisión Federal de Telecomunicaciones ha manejado parcialmente la problemática es permitiendo dicha unión siempre y cuando a los competidores les sea permitido utilizar los servicios de esta compañía para promocionar sus servicios. Es como la complementación de tecnologías entre competidores para no acabar con la libre competencia.

⁴ CABLE TV AND NEW MEDIA, Volumen XIX, December 2000 edition.

REGULACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL MERCADO

En el tema de la regulación de la estructura del mercado de los medios masivos de comunicación, la Comisión Federal de Comunicaciones ha tratado de promover diversas formas de propiedad de las compañías. Todo esto bajo la premisa de que esa diversidad promueve la variedad en el contenido. Por esa razón la regulación estructural representa la influencia indirecta del gobierno en cuanto al contenido de la programación de los medios de información. Esto no sugiere que la regulación estructural carezca de impacto en la libre expresión. Es más, puede tener impacto incidental hasta el punto de prevenir a una persona de adquirir un medio de comunicación. Fue el caso de Rupert Murdoch a quien se le prohibió tener tanto una cadena de televisión como un periódico en la ciudad de Nueva York. A pesar de su efecto en la libre expresión, ha surgido un nuevo cuestionamiento sobre si esta estructuración es efectiva para alcanzar los objetivos del estado, que son la diversidad en los medios. Porque la realidad demostraba lo contrario, ya que no necesariamente por tener distintos dueños las opiniones diferían entre sí. Ahora si el único efecto que se esperaba de esto era prevenir la concentración de la propiedad y por lo tanto el de la posición dominante del mercado, y así promover la libre competencia, no es explicable porque esta Comisión expediría reglas sobre este tema en vez de utilizar las ya existentes para los monopolios.

El segundo cuestionamiento que surge es si la regulación estructural está libre de patrones constitucionales, es decir, si ellas no vulneran la constitución o la primera enmienda en cuanto a la libre expresión.

En esta parte examinaremos los tres tipos de políticas de estructuración. La primera política tiene que ver con el desarrollo de la transmisión local (localismo), principalmente por medio de licenciamientos y de políticas de adjudicación del espectro. La Comisión Federal de Comunicaciones trató de promover la posesión de estaciones locales para que así se beneficiaran mayormente las localidades. Hasta hace poco existía en esta Comisión un complejo sistema de preferencias para adjudicar dichas licencias a sus solicitantes, donde buscaban la integración entre la administración y la posesión de las mismas. Es decir, que tanto sus dueños como sus administradores se convirtieran en una sola persona. Así mismo la comisión escogió licenciar a un gran número de pequeñas estaciones locales en vez de hacerlo a las grandes y poderosas a nivel nacional, ya que así las comunidades tendrían más de una estación de su propiedad.

El segundo compuesto de políticas se concentra en el control sobre la diversidad de la propiedad en los medios masivos de comunicación, esto con la intención de evitar la concentración y de esta manera evitar los monopolios y la falta de objetividad.

Finalmente la comisión aplicó un número de políticas para limitar la influencia del contenido de la programación. Reconociendo que las cadenas nacionales como ABC, NBC, CBS pueden contribuir con importantes programas y gran experiencia. Hasta hace poco se trató de prevenir su control sobre la mayoría de la información. En 1990 bajo presión judicial esta agencia estatal tuvo que derogar muchas de las reglas existentes hasta el momento, para que finalmente en 1996 con el Acto de Telecomunicaciones, se invalidaron la mayoría de las limitaciones sobre la propiedad en común de las estaciones de transmisión.

Como se podrá apreciar estas políticas son compatibles y frecuentemente interconectadas. Sin embargo, unas preguntas importantes son: primero ¿si las grandes fuerzas del mercado de las cuales se benefician las estaciones va en detrimento del público? Segundo, ¿si un mayor grado de concentración en la propiedad de estas estaciones unirían a las economías de escala en beneficio de los intereses de la sociedad? Y

finalmente ¿si la Comisión ha resistido presiones económicas para que expida nuevos estatutos? Todo esto para que como se verá más adelante, se considere si la reciente relajación de las regulaciones estructurales bajo el Acto de 1996 refleja la poca satisfacción actual con su efectividad.

A. LOCALISMO

Política Tradicional:

En su estudio de la regulación de la televisión Roger G. Noll, Merton J. Peck y John J. McGowan identificaron cuatro objetivos generales necesarios para la adjudicación, siendo esta una decisión económica de vital importancia.

- El objetivo del servicio local: Es el establecimiento de estaciones en la mayor cantidad posible de estaciones.
- Alcanzar un nivel aceptable de diversidad en el contenido de la programación.
- Llenar el requisito de estar al servicio del público.
- Mantener un nivel aceptable de competición.

Entrando en un nivel particular y no tan general, como los objetivos mencionados anteriormente, se pueden presentar conflictos. Esto en razón a que el mantenimiento de la competencia. Por ejemplo, dadas circunstancias económicas puede disgregarse. También en los criterios utilizados para el licenciamiento en donde supuestamente deben converger estos cuatro objetivos, el conflicto surge porque en el nivel operacional los solicitantes representan distintas contribuciones del localismo.

Uno de los temas que frecuentemente no se examina en la programación local es si los televidentes verdaderamente lo quieren o lo deben querer. Algunas programadoras locales tratan de atraer a sus televidentes porque desarrollan intensos tipos de actividades en sus programas, es decir, grupos religiosos que representan un porcentaje alto de la población; eventos deportivos o noticias que necesitan ser de inmediata difusión. Sin embargo, si la programación no tuviera este tipo de atracción

¿realmente tendría algún valor en términos de localismo? Aclaremos este postulado con un ejemplo. Si en un canal de televisión se presenta la orquesta de un colegio y en el otro canal se presenta la Filarmónica de Viena, pocos serán los televidentes de la primera. Entonces esto disipa la gran idea del localismo.

Lo que se busca con esta idea del localismo es tratar de complementar tanto la televisión a nivel nacional e internacional, con aquellas pequeñas estaciones que prestan servicios a diferentes comunidades y que dentro de un sistema ideal democrático y de transmisión no pueden quedar relegadas. Si bien es cierto que el poder económico de ciertas cadenas es inevitable, no por esto se pueden dejar de lado los intereses de pequeños grupos que desean información particular.

Esta política del localismo se derivó del mandato hecho por el Acto de Telecomunicaciones 307V, el cual no se aplica para sistemas de televisión por cable ya que ellas no necesitan de licencias de radio para operar. Antes del Acto de televisión por Cable de 1984, existía un vacío estatutario para imponer la teoría del servicio local a este tipo de televisión. La preocupación de este tema surgió en los años sesentas ya que la Comisión veía poco viable la aplicación de esta teoría a la televisión por cable, porque una vez los televidentes pudieran acceder a este sistema, probablemente desconectarían sus antiguas antenas y como resultado las estaciones locales perderían su audiencia, yiendo un poco más allá dichas estaciones locales al perder su teleaudiencia perderían sus ingresos por concepto de publicidad y tendrían que salir de operación.

Por muchos años el Congreso, las Cortes y la Comisión han luchado para acomodar esta difícil situación en cuanto a las políticas de regulación entre las compañías de servicio local y las de televisión por cable, dado el desmedido crecimiento de la última. Tanto así, que ahora esas programadoras locales se ven a través de la televisión por cable, pero queda la reflexión si se están mostrando en la mayoría de esas estaciones locales. Hoy en día en el siglo XXI la problemática se vuelve más complicada con el sistema de programación satelital directa. Parece ser que a eso se enfrentan los reguladores y legisladores cada vez que la tecnología avanza, es decir, día a día.

Finalmente podríamos decir que el gobierno simplemente debería dejar a un lado tanta regulación en cuanto a los temas de libre competencia y dejar más bien que sean los televidentes y las fuerzas del mercado quienes terminen decidiendo el tipo de tecnología que quieren usar, pero de pronto esto iría en detrimento de la Constitución y de los demás actos y estatutos vigentes.

B. PROPIEDAD

Problemática:

Históricamente la Comisión ha tratado de prevenir la concentración del control de los medios masivos de comunicación. Obviamente el problema inmediato que surge es poder definir cuándo esa concentración rebasa los límites de una propiedad normal a una posición dominante, lo cual no se ha podido establecer de una manera efectiva.

Antes de tratar con estos temas anotemos que la discusión es de una naturaleza tanto histórica como teórica. Esto porque desde los principios de la problemática de la concentración de los medios masivos de telecomunicación hasta el Acto de 1996 las reglas y los hechos han cambiado radicalmente. Los dilemas pasados como presentes en el tema de la propiedad y la concentración tienen dos sustentos ideológicos diferentes. Primero la concentración puede arrojar como resultados efectos anticompetitivos. Por ejemplo, si una empresa es dueña del único periódico y de la estación de televisión más poderosa en el mercado, ésta podría forzar a los programadores para vender sus programas por menos de lo que está el precio en el mercado y a la publicidad a pagar más. Una empresa con tal poder de mercado puede operar simultáneamente en el mercado como un monopsonista (comprar a precios más bajos que los competitivos) y como un monopolista (vender a precios super competitivos). La segunda ideología que concierne al tema y que apoya de alguna manera al localismo, en donde se maximiza la diversidad es aquella donde entre más cadenas y más informadores existan pues más puntos de vista se crearán en la sociedad. Aunque ninguna evidencia sustenta lo comentado anteriormente.

La existencia de estas dos paralelas, pero a veces inconsistentes ideologías, ha llevado a crear confusión en el momento de aplicar las reglas para el control de la concentración. Particularmente se ha dado una problemática en la última década cuando se introdujo el sistema multicanal. Por ello como objeto de análisis se podría concluir que el problema de la concentración se divide dos subtemas: Propiedad Común u Horizontal y Propiedad Cruzada o vertical. Como se mencionaba anteriormente en estos temas de los monopolios existen dos tipos de mercados y de formas en que se desarrolla el objeto de los medios de acuerdo a su categoría. Es decir que una misma empresa sea dueña del mismo medio en distintas regiones o mercado, como cualquier cadena nacional de radio. Por el contrario la vertical envuelve medios distintos en el mismo mercado.

A veces puede volverse un poco confuso el tema porque una misma empresa puede estar envuelta tanto en propiedad común como en propiedad cruzada cuando es dueña de muchas compañías de distintos medios en todo un país. Esto era bastante común en el pasado. Los periódicos fueron los primeros y los más exitosos en conseguir las licencias de radio y por ello a su vez se constituyeron en los primeros a quienes se les adjudicó las licencias de televisión. Esto se convirtió en una problemática desde los años setentas y ochentas cuando por primera vez la Comisión Federal de Comunicaciones reguló los temas que ella denominaba *antidupolios*, que no arrojaron los resultados deseados. En 1996 con el Acto de Telecomunicaciones, fue bastante interesante ver como sus expectativas de regular este tema realmente se quedaron en solo eso. Por esta razón la solución actual al problema fue estudiar la organización de la industria y su expansión para entonces determinar qué hacer y cómo regular cada industria en concreto.

Como vemos en el tema de la propiedad común, regularla puede ser un poco más simple ya que limitar dicha propiedad dentro de un mismo mercado y un mismo medio no resulta complicado, es cuestión de preveer y manejar todos los intereses políticos que de por medio se forman.

El tema de la propiedad cruzada o vertical ha sido un tema más difícil de manejar. Primero, porque por tradición a una empresa antigua,

dominante y que tiene una importante vida ideológica y política en la comunidad, se le ha permitido dominar el mercado en distintos medios.

Segundo y confirmando un viejo adagio que dice "La libertad de prensa y de medios es para aquellos que son dueños de alguno", lo que quiere decir, que todo se reduce al poder económico y político que pueda tener una empresa de un mercado a otro. Es decir, de prensa a radio, de radio a televisión, de televisión a internet, etc.

Concluyendo así, que se da una verdadera centralización en el control de los medios de comunicación, lo cual es indeseable desde cualquier punto de vista.

Es así como la Comisión y los legisladores han llegado a la conclusión que para manejar este tema de la Propiedad Horizontal y Vertical es necesario, primero limitar en cierto grado la influencia de los grandes grupos económicos.

Segundo, abrir el mercado de los medios a corporaciones internacionales y así promover la inversión extranjera, que trae como consecuencia mayor competencia a las cadenas tradicionales.

Tercero, como consecuencia del gran poder que han tenido las grandes cadenas de televisión y por ende las nuevas tecnologías en el tema, obligarlas a producir sus propios programas siendo estos los únicos que podrán ser transmitidos por dichos canales a menos que se compren los derechos de otros y así es el consumidor, o mas bien el televidente, quien elige qué es lo que quiere ver.

Por último han tratado de implementar una ley que permite las uniones, adquisiciones y alianzas estratégicas de las Nuevas Tecnologías, siempre y cuando concurren dos postulados. El primero, que existan o perduren ocho o más compañías de la misma industria una vez implementada la fusión, y segundo, que como consecuencia de la unión la nueva empresa le preste servicios y apoyo tecnológicos a sus competidores durante un periodo determinado de tiempo para estos promocionarse.

Esta última solución es bastante discutible ya que cuando dos empresas de gran envergadura se unen, realmente sus pequeños competidores quedarán fuera de servicio de una manera u otra así se les preste el apoyo tecnológico. Esto es más como una manera legal de satisfacer los intereses de todas las empresas en un mercado, así la realidad demuestre lo contrario.

C. TENDENCIA ACTUAL

Para reafirmar lo que se ha venido sosteniendo sobre las tendencias actuales en cuanto a las uniones, alianzas o adquisiciones y a sus ventajas o desventajas, tenemos que analizar el último reporte hecho por el Wall Street Journal Americas, llamado "Las empresas estadounidenses, camino del oligopolio"⁵ que afirma por todas partes, hay fuerzas poderosas que conducen a las industrias de Estados Unidos a integrarse en oligopolios, y los obstáculos son cada vez menos importantes.

Las recompensas por aumentar de tamaño son cada vez mayores, especialmente en el mundo de la tecnología, los medios y las telecomunicaciones, donde los costos fijos son considerables y el costo de obtener cada nuevo cliente es pequeño. He aquí algunos ejemplos:

Hace 20 años la televisión por cable estaba dominada por miles de pequeñas empresas, hoy un acuerdo pendiente de aprobación dejaría a solo tres compañías con casi el 70 por ciento del mercado.

En 1993, el entonces secretario de Defensa de Estados Unidos, William Perry, dijo a los ejecutivos de más de una docena de grandes contratistas de defensa que la mitad de sus empresas dejarían de existir en los siguientes cinco años. Hoy, cinco gigantes dominan la industria.

En 1996, cuando el congreso liberalizó las telecomunicaciones, existían cerca de ocho telefónicas regionales (Baby Bells). Hoy quedan sólo cuatro, y docenas de pequeños rivales han desaparecido.

⁵ THE WALL STREET JOURNAL AMERICAS. Yochi Dreazen, Greg Ip, Nicholas Kulish. Reporte Febrero 27 2002.

En 1999, más de 10 empresas importantes ofrecían sitios de internet especializados en la búsqueda de empleo. Hoy tres firmas dominan el mercado.

Mientras las fuerzas económicas llevan a las industrias hacia el oligopolio, algunos de los contrapesos que existían contra ésta tendencia en los 90 se están debilitando. Las autoridades antimonopolio, los jueces y los reguladores de Estados Unidos ahora parecen oponerse menos al gigantismo empresarial. Un Tribunal Federal de apelaciones abrió la puerta a una nueva oleada de fusiones en los medios después de eliminar reglas que prohibían a las compañías de cable comprar redes de televisión.

Los inversionistas son igualmente menos propensos a financiar las nuevas empresas que desafían a los grandes conglomerados. En el 2001 se destinaron cerca de 73 millones de dólares en capital de riesgo y en ofertas iniciales de acciones a nuevas apuestas empresariales. Fue un número bastante robusto desde un punto de vista histórico, pero fue menos de la mitad de los 164 millones de dólares en capital obtenido en 2000.

Pero un oligopolio, mercado en que unos pocos vendedores ofrecen productos similares, no siempre es algo indeseado o inevitable. El oligopolio puede generar eficiencias que permiten mejores productos. Pero también puede permitir que las grandes empresas obtengan utilidades excesivas a expensas de los consumidores.

Los precios de la televisión por cable, por ejemplo, han aumentado en un 36% desde que la industria fue liberalizada en 1996, y se consolidó en menos empresas. La cifra triplica la inflación en el mismo periodo. Otro ejemplo de un oligopolio clásico es la OPEP, donde sus miembros controlan la oferta del crudo para forzar a los consumidores a pagar precios muy por encima de los que fijaría el mercado.

"Un cierto nivel de integración genera un cierto nivel de eficiencia y eso es bueno para los consumidores", dice el economista Carl Shapiro, que fue parte de la división antimonopolio del departamento de justicia

durante el gobierno de Clinton. "Pasar de 20 competidores a 4 es saludable", añade Shapiro "Pero de 4 a 2 es cuestionable".

Muchas industrias enfrentan un aumento acelerado de los costos. Una planta típica de fabricación de chips ahora tiene un valor de entre US\$2000 millones a US\$3000 millones. Hace cinco años, el valor era de US\$1000 millones. Esto indica que el fabricante de microprocesadores tiene que ver muchas más unidades para justificar la inversión. Un ejemplo en donde la tendencia hacia la integración es muy fuerte es la búsqueda de empleo en internet. Por un momento, pareció que HeadHunter.net Inc. iba a ser toda una rareza del universo puntocom: una empresa rentable e independiente, el año pasado su primer flujo de caja positivo trimestral. Un mes después acordó ser comprada por CareerBuilder Inc.

El líder de reclutamiento on-line, Monster.com gastaba grandes cantidades en marketing, apoyado en los amplios recursos financieros de su matriz, TMP Worldwide Inc. Preocupado por no ser capaz de seguirle el ritmo, HeadHunter.Net decidió fusionarse con CareerBuilder. El acuerdo de TMP para comprar a otro rival, HotJobs Inc., fracaso. Al final, Yahoo Inc. compro HotJobs.

Todo esto transformó un mercado que en la cúspide de la burbuja puntocom tenía más de 10 rivales. Hoy el mercado está dominado por 3 firmas.

Un informe económico reciente del Presidente George W. Bush concluye que hay "muy poca evidencia" de que las fusiones de los ochentas y noventa "dañaron la competencia".

Tales comentarios han desencadenado pronósticos de que la Comisión Federal de Telecomunicaciones aprobará la adquisición por Comcast Corp. de las operaciones de cable de AT&T Corp., lo que dejaría a 3 empresas en el control del 65% de la televisión de paga.

En el caso de Microsoft, se considera a menudo que el gobierno de Bush será más indulgente que su antecesor. Después que siete jueces

de un Tribunal de apelaciones confirmaran el fallo de que Microsoft usó su poder monopolístico para proteger Windows. Se aceptó un acuerdo que ha sido criticado por ser muy blando.

Durante gran parte de los noventa, los vigorosos mercados de bonos ofrecieron un fuerte contrapeso a las tendencias oligopolicas a las empresas en Estados Unidos mediante le financiación de nuevas empresas. De hecho, el congreso contaba con ese flujo de capital cuando liberalizó la industria de las telecomunicaciones en 1996. Los legisladores aspiraban a tener un mundo en que los nuevos jugadores desafiaran a los gigantes".

De todo lo anterior podemos concluir que la consolidación es esencial en algunas industrias. En otras, afecta a los consumidores. Por esta razón y dadas las circunstancias suigeneris de cada unión o adquisición es que deben los legisladores y reguladores tomar un papel activo en este tema. Además, conocer la estructura del mercado y su futuro desarrollo a nivel nacional como internacional.

MARCO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

El profesor Itiel De Sola Pool dejó ver una visión nueva acerca de las políticas contemporáneas en las comunicaciones, sugiriendo que las cortes y los reguladores en su intento por mantenerse a pie con los cambios en la tecnología han perdido la perspectiva. Desde su punto de vista los medios de comunicación han servido a los individuos como vehículo abierto y libre para comunicarse con las masas. Pero así mismo, previo el declinaje de la primera enmienda, particularmente en un momento cuando la sociedad se ve totalmente dependiente en su acceso a estos medios de comunicación.

Aquí se examinará si la regulación de los medios masivos de comunicación ha sido a expensas de los valores de la primera enmienda o si ha reflejado el esfuerzo para adaptar dichos valores al sector de las nuevas tecnologías.

A medida que se van leyendo las siguientes consideraciones se podrá estar o no de acuerdo con el profesor Pool, sosteniendo que "por dicha regulación el derecho de expresarse libremente de los ciudadanos está en peligro". O por el contrario, que muchas de estas políticas examinadas anteriormente tienen la intención de preservar y no de impedir las ideas de los individuos y así mismo su habilidad para expresarse libremente. Es decir, son la base y el medio para mantener vigentes las opiniones de los individuos. Ciertamente la Comisión Federal de Comunicaciones, creyó que sus esfuerzos para promover la diversidad y el localismo fueron

basados en unos principios de una sociedad pluralística y libre. Sin embargo el profesor Pool sugiere que puede ser imposible tener una verdadera sociedad libre una vez el gobierno se ha envuelto y hace parte de las decisiones para utilizar los medios masivos de telecomunicación, así este trate de ser neutral y de actuar de la manera más imparcial posible.

Entonces, ¿qué debemos concluir de las leyes que hacen que se requiera licencias para poder organizar huelgas o manifestaciones públicas y de esas mismas que restringen operar bares en zonas residenciales o de aquellas que castigan arrojar basura a la calle? ¿Dónde está la línea entre el control sobre la Libertad de expresión y evitar una anarquía?

Sera aún más difícil encontrar esta línea cuando la Libre Expresión es transmitida por el aire y luego por intermedio de cables y fibras a millones de hogares, en vez de ser expresado en una esquina de una ciudad. A continuación expondremos la opinión del profesor Pool sobre el particular:

"TECNOLOGÍAS DE LA LIBERTAD"

Las nuevas tecnologías en las comunicaciones han relegado a los panfletos, los periódicos y otros tipos de información pública, la información. Sin embargo, estos medios electrónicos no gozan de los mismos derechos que sus antecesores; no han heredado todas las inmunidades legales ganadas por sus antiguos hermanos. Cuando los cables, ondas de radio y computadores se convirtieron en los mayores vehículos para informar la regulación pareció ser una necesidad técnica. Y así ha medida que la expresión fluye por esos medios masivos de telecomunicación de una forma incontenible, es donde creemos que ese derecho está perdiendo su libertad y cada vez más siendo controlada.

Tanto los pensadores liberales como los capitalistas se han perturbado con la expansión del ámbito regulatorio en las comunicaciones. Después que los computadores fueron ligados a las redes de comunicaciones, por ejemplo, la Comisión federal duró varios años tratando de averiguar

cómo evitar la regulación de la industria de los computadores. Este razonamiento se da no como consecuencia de una no regulación sino más bien como efecto a un sentimiento generalizado en la industria. La Constitución en su artículo primero sección 8, le da al gobierno federal el derecho a regular el comercio interestatal igualmente, pero en la primera enmienda explícitamente excluye a un tipo de comercio de la autoridad del gobierno, que es el de las comunicaciones. Pero se ve siempre la Comisión federal de Telecomunicaciones tratando de regular a esta industria cuando lo considera necesario y de por sí dejando a un lado los patrones constitucionales.

El misterio es que siendo tan claro el intento de la Constitución para cobijar la libertad de prensa, entonces, ¿por qué en el campo de la revolución electrónica este ha sido tan apartado? La respuesta, en parte radica en ciertos cambios históricos e ideológicos desde la época de los padres de la patria hasta hoy; en parte a la falta de entendimiento por el Congreso y las Cortes sobre el carácter de las nuevas tecnologías. Los jueces y los legisladores han tratado de meter innovaciones tecnológicas dentro de conceptos legales convencionales. Los errores de entendimiento de estos científicos legales, aunque honestos han sido de inmensas proporciones. Siempre han tenido buenos propósitos hacia las tecnologías; pero, lo que es claro es que no las han entendido claramente.

La erosión de los derechos tradicionales que ha ocurrido mientras el gobierno ha tratado de sobrellevar los problemas en los medios de comunicación, es una historia de cómo en la búsqueda del bien común han crecido los controles impuestos a la estructura.

Dentro de ciento cincuenta años todos los temores de hoy acerca de la libre expresión podrán sonar alarmistas. Pero hay razones para sospechar que nuestra situación actual es única. Las nuevas tecnologías han proliferado en formas de grandes *oligopolios* de los "carriers" comunes y de las empresas de telecomunicaciones. Por ello la regulación fue una respuesta natural a semejante situación. Afortunada y extrañamente a medida que la electrónica avanza simultáneamente se da un reverso hacia la descentralización creciente y hacia la fragmentación de la

audiencia en los nuevos medios de comunicación. La era de transición de esta gigante industria dejará un compuesto permanente de prácticas regulatorias implementadas en un sistema que está teniendo características técnicas, que de no ser utilizadas conducirían a una verdadera libertad.

La interacción entre el cambio de las tecnologías en los medios de comunicación y las prácticas de la libertad de expresión en los últimos dos siglos, podría argumentarse, que encaja el patrón de lo que describe como "Determinismo tecnológico blando". La libertad está amparada cuando los medios de comunicación se dispersan, descentralizan y son disponibles, como lo son la prensa y los microcomputadores. El control central se da en mayor porcentaje cuando los medios de comunicación son concentrados, monopolizados y escasos como lo son las grandes cadenas. Pero la relación entre la tecnología y las instituciones no es simple ni unidireccional, ni sus efectos son inmediatos. Las instituciones evolucionan en respuesta a un ambiente tecnológico persistente y más adelante, en cierto grado, a sus propios cambios. La primera enmienda salió de un mundo pluralístico de pequeños comunicadores, pero moldeó el tratamiento presente de las grandes cadenas nacionales. Más adelante, los sistemas de regulación que emergieron para carriers comunes nacionales y para el uso del espectro escaso para transmisión, ha tenido la tendencia en las últimas generaciones a ser impuesta para sistemas tecnológicos que ya no lo requieren.

Versiones simples del determinismo tecnológico no tienen en cuenta las diferencias en la manera como suceden las cosas, en el ciclo de la vida y de la tecnología. Cuando se hace una nueva invención, como el teléfono o la radio, sus leyes fundamentales generalmente no son bien entendidas. Están diseñadas para cobijar instituciones que ya existen, pero si en sus primeras etapas van a ser utilizadas en algo, deben hacerlo en cualquier forma en que experimentalmente esto se pruebe. Las instituciones para su uso son diseñadas alrededor de un modelo tecnológico determinado. Después cuando los científicos hayan comprendido la teoría fundamental, su desarrollo se vuelve bastante simple. Los instrumentos alternativos pueden ser diseñados para suplir

las necesidades humanas. La tecnología no necesita más control, es decir, los cambios ocurren pero las instituciones están constreñidas tanto en su paso como en su dirección.

El cambio tecnológico clave, en la raíz de los cambios sociales es la comunicación, en vez de la tradicional conversación cara a cara hoy en día tenemos ese tipo de comunicación por vía electrónica. No sólo la comunicación electrónica esta creciendo más rápidamente que los medios tradicionales sino que también la convergencia de los modos de despacho esta trayendo a la prensa, a los libros y a los demás escritos al mundo electrónico. Una pregunta que surge por estos cambios es ¿si algunas cuestiones sociales son inherentes al carácter electrónico de los medios emergentes? Y ¿si la televisión es el modelo o patrón del futuro? o ¿serán los pulsos electromagnéticos simplemente un conducto alternativo para despachar lo que se quiere o habrá aspectos de tecnología electrónica que la hacen diferente de la impresa, más centralizada o más descentralizada, más vanal o más profunda, más privada o más dependiente del gobierno?

La transformación electrónica de los medios no ocurre en el vacío sino en un contexto histórico y legal específico. La libertad para publicar ha sido una de las orgullosas tradiciones americanas. Pero, ¿qué ha sido lo que las cortes han protegido, y cómo se diferencia de cómo las cortes actuaron después, cuando los medios por medio de los cuales las ideas fluían se transformaron en el telégrafo, teléfono, televisión o los computadores? ¿Qué imágenes tuvieron los reguladores del funcionamiento de cada uno de estos medios; qué tan válidas eran esas imágenes, y qué paso con ellas cuando los hechos cambiaron?

En cada una de las tres partes del sistema americano de comunicaciones –impresión, suministro común, y transmisión– la ley ha descansado en una percepción de la tecnología, que a veces es precisa y a veces no lo es y que cambia lentamente mientras la tecnología lo hace rápidamente.

Cada nuevo avance en la tecnología de las telecomunicaciones perturba el status quo. Ésta se encuentra con la resistencia de aquellos dominantes

a los que amenaza, pero si es útil empieza a ser adoptada. Inicialmente, por ser nueva y llena de maestría científica, la invención comienza a funcionar de una manera torpe. A su vez los legisladores técnicos como los jueces perciben la tecnología en su primer estado, es decir, en su forma torpe que más adelante se convierte en la imagen que estos tienen sobre su naturaleza, posibilidades y utilización. Dicha percepción es totalmente inadecuada para el entendimiento futuro, ya que cuando la tecnología se perfecciona así mismo lo deben hacer los parámetros legales.

Las cortes y las agencias regulatorias en el sistema americano y en los del mundo en general entran como árbitros en los conflictos que surgen entre los empresarios, grupos interesados y organizaciones políticas que batallan por el control de la nueva tecnología. Estos árbitros, aplicando analogías familiares del pasado a su vaga percepción de la nueva tecnología crea una híbrida estructura de los derechos y de las obligaciones. Por ejemplo, el telégrafo tuvo la analogía del ferrocarril, a su vez el teléfono del telégrafo y las de la televisión por cable a aquellas de transmisión común. El sistema legal inventado para cada nueva tecnología puede en ciertas instancias, como la primera enmienda, ser un *Tour de force* de la creatividad política, pero en otras instancias puede ser menos importante. El sistema creado puede ser inapropiado para formas más hábiles en las cuales la tecnología gradualmente emerge y progresa. Allí es cuando los problemas surgen como lo están haciendo en la actualidad.

Históricamente los nuevos medios de comunicación que están ahora convergiendo, han sido organizados y tratados de maneras diferentes por la ley, el resultado que se teme es que las comunicaciones en el futuro serán innecesariamente reguladas bajo una tradición de no libertad de la ley que les ha sido aplicada hasta el momento. El choque entre los modelos de regulación en la imprenta, el suministro común y la transmisión muy posiblemente será el tema vehemente en la política de las comunicaciones durante las próximas décadas. Los modos de convergencia están transtornando el sistema trifurcado desarrollado desde hace doscientos años y aquellas cuestiones que aparecían haber sido resueltas hace tiempo están volviéndose a abrir, algunas veces, desafortunadamente en una forma poco liberal.

La pregunta específica que debe ser contestada es ¿si los recursos de los medios electrónicos para la comunicación pueden ser tan libres de regulación pública como la plataforma y la prensa lo han sido en el pasado? Sería atrevido si las leyes que hoy gobiernan el dominante modo de manejo de la información en la tan bien llamada sociedad de la información fueran subversivos de su libertad. La responsabilidad esta en nosotros para determinar si las sociedades libres en el siglo XXI conducirán la comunicación electrónica bajo el dominio establecido por las condiciones de libertad de la imprenta y de la prensa después de siglos de lucha, o si ese gran alcance que ellas tuvieron se perderá por la confusión reinante en las nuevas tecnologías.

En los capítulos anteriores el enfoque apuntaba a dar un parámetro de cómo ciertos factores afectan tanto la estructura como la composición de los medios electrónicos en el mercado. Al adoptar y al aplicar estas regulaciones estructurales, el gobierno evadió involucrarse directamente en las decisiones acerca de los medios de comunicación. Sin embargo el gobierno ha tenido un impacto significativo determinando a quien se le permite y "expresarse" por lo que las regulaciones estructurales no envuelven directamente al gobierno en sus decisiones acerca de transmisión de programas específicos, puntos de vista o ideas, se les caracteriza comúnmente como de contenido neutral. Pero parecería que una regulación que afecta la identidad de quien habla tiene por lo menos un impacto indirecto en el contenido de lo que se expresa. De pronto la distinción entre las regulaciones estructurales y las de conducta examinadas anteriormente es de grado-en el cual la regulación envuelve al gobierno en la toma de decisiones acerca del contenido. La regulación estructural indiscutiblemente envuelve en menor grado la incursión del gobierno en los temas de contenido que en los de conducta. Por lo que cabe preguntarse ¿si el hecho, de que el gobierno interfiera en la regulación del contenido es aceptable o no?

La primera enmienda establece: "El congreso no hará ninguna ley prohibiendo la libertad de expresión o de prensa". ¿Qué significa esta prohibición de una manera práctica? Si lo que realmente quiere decir es que el congreso no puede hacer "ninguna ley", entonces, casi todo el

acto de comunicaciones y las regulaciones tanto estructurales como de conducta adoptadas, pueden ser inconstitucionales. Pero por supuesto la primera enmienda no ha sido aplicada de manera literal en cuanto a la libertad de expresión, aunque algunos juristas y estudiosos del tema han sostenido que eso es un real agravio contra la expresión, lo que por consiguiente indica que debe hacerse una clara definición de lo que nos quiere decir la palabra expresión.

Interpretando el verdadero objetivo de la primera enmienda y aplicándolo a una sociedad cambiante, las cortes han asumido una difícil tarea tratando de emitir jurisprudencia, que le permita a la sociedad utilizar esa libre expresión en un grado necesario que no choque con otros intereses. Por ejemplo, las cortes han mantenido leyes que restringen la expresión que causa injuria o que amenaza la seguridad nacional o que puede considerarse obscena para los estándares de una comunidad.

Las cortes han tenido una dificultad particular decidiendo cómo aplicar esta primera enmienda a los medios masivos de comunicación. Como se ha visto estos impartidores de justicia, se han encarado con la cuestión de si el gobierno debe licenciar el uso del espectro electromagnético en sí. Más recientemente con el desarrollo de la televisión por cable, estas han confrontado un tema similar de si las autoridades locales como estatales puede limitar el número de franquicias instaladas para este servicio. En adición a esto, las cortes han tenido que dirigir en un sin número de contextos los límites constitucionales en la regulación de la "expresión electrónica".

El examen de dichas regulaciones se debe empezar analizando los razonamientos cambiantes y confusos que tienen las cortes en cuanto al tema del contenido de la programación. La cuestión inicial hace relación al por qué del tratamiento diferente dado a los medios electrónicos de comunicación que a los escritos. Al grado de que las cortes permiten más regulación para la expresión electrónica que para su análoga, ¿Qué intereses en competencia se están desarrollando y si éste es el caso, cómo hace la regulación para desarrollarlos? Si la

transmisión es diferente a la imprenta para cuestiones de la primera enmienda y la televisión por cable y los satélites distintos a la transmisión, entonces, el espectro constitucional se torna totalmente confuso.

Por esta razón y consecuentemente a lo expuesto anteriormente surgen tres temas a tratar. El primero, es que justificaciones existen, ¿si es que existen, especiales o peculiares para los estándares de la primera enmienda en cuanto a los medios electrónicos de comunicación? Segundo, como resultado ¿cuáles son los límites constitucionales a la regulación en cuanto a su conducta? Finalmente, dentro de esos límites constitucionales ¿qué tipo de regulación tiene más sentido o es más efectiva? Al pensar en estas tres cuestiones debemos tener en cuenta el escepticismo del profesor Pool acerca de conveniencia de implicarse tanto el gobierno en el desarrollo de la tecnología de las comunicaciones. Es decir, caminamos hacia una sociedad abierta menos libre, o ¿simplemente estamos buscando maneras de preservar la libertad en las fases del cambio tecnológico?

Hasta aquí la opinión del profesor Pool sobre el tema.

LA PRIMERA ENMIENDA EL PATRÓN PARA LA REGULACIÓN

Como es evidente en los casos que hasta ahora se han llevado a las cortes norteamericanas, se han hecho diferentes exámenes constitucionales con relación a los medios tecnológicos y las nuevas tecnologías y su estatus frente a la primera enmienda. La tensión principal surge entre una aplicación estricta del mismo o una un poco más blanda que permita interpretarlo de diversas maneras. Una vez aplicado el concepto y la base que da la primera enmienda en cuanto a la Libertad de Expresión, el espectro se reduce a la existencia de una norma de contenido específico acerca del tema, si dicha norma específica existe simplemente se le debe dar aplicación directa. De otra manera cuando existe un vacío legal, son los abogados, reguladores y jueces quienes deben moldear y darle una nueva interpretación a los conflictos que se van presentando a medida que las nuevas tecnologías se desarrollan. En otras palabras y en el caso preciso de las telecomunicaciones, en los Estados Unidos de la Primera Enmienda se derivó, como consecuencia, el nacimiento de *EL ACTO DE COMUNICACIONES DE 1934*, el cual daba unos patrones y regulaciones generales, con lo que queda claro el marco constitucional y legal de las telecomunicaciones. Pero aún hoy en día cabe preguntarse con el desarrollo de las nuevas tecnologías ¿cuál es el status constitucional de la televisión por cable?

A. CUESTIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA TELEVISIÓN POR CABLE

ANTECEDENTES

Como medio relativamente nuevo, la televisión por cable no tuvo un marco constitucional durante su desarrollo. Por un lado, no era un

servicio de transmisión, por lo que no usaba frecuencias a través del aire. Por otro lado, no eran un suministro común por lo que sus canales no eran accesibles a toda la población. Particularmente durante los primeros días de este sistema, tuvieron grandes dificultades para encontrar marcos doctrinales en cuanto a la Primera Enmienda se refería para regularlo.

Posiblemente, porque ningún sistema anterior se asemejaba a ello y, por tanto no encajaba. La primera discusión significativa y que puso bajo examen dicho servicio fue Home Box Office INC versus FCC, 567 F.2D 9 (D.C.Cir. 1977) certiorati denied 434 U.S 829, 98 S.Ct. 111,54 L.Ed.2d 89.

En el corazón de estos casos están las reglas de "Pay Cable", lo que literalmente quiere decir pago del cable, y entendiendo su sentido quiere decir que el efecto de estas reglas es restringir agudamente la habilidad de los prestadores del sistema de televisión por cable, a presentar cualquier película o programa, si un cobro se ha hecho efectivo a un canal o programa diferente. En adición, las reglas prohíben a los transmisores por cable el presentar más del 90% de sus horas al aire películas y deportes, y mas aún, se les prohíbe la publicidad en aquellos canales en donde hay que pagar por un programa determinado.

El propósito de estas limitaciones (que originalmente la Comisión Federal de Comunicaciones le aplicó a la televisión común en 1969) tenía una doble finalidad.

Primero, la Comisión vaciló tanto en su autoridad para dedicar uno o más canales del espectro electrónico a la suscripción de operaciones, como a su verdadero interés de hacerlo. Estos canales son escasos y los que se oponen a la suscripción de televisión han sostenido que estos deberían ser utilizados para programas convencionales que por supuesto, deben ser gratuitos para los televidentes. La segunda razón o finalidad para restringir la transmisión de películas, eventos deportivos y series en la televisión por suscripción (televisión por cable) fue el temor de la Comisión a que la gran utilidad derivada de dichas operaciones fuera

suficiente para permitirles alejarse de la programación de la televisión convencional. Que de por sí afectaría su calidad. Limitándole a dicho operador el material que no pudiera ser de otra forma mostrado en dicho medio. La Comisión deseó prevenir tal conflicto y del mismo modo promover diversidad en la industria de la televisión.

B. PRIMERA ENMIENDA

Aplicando cierta jurisprudencia, no podemos decir que las reglas "Pay cable" intentan suprimir la Libre Expresión. El propósito expuesto por la Comisión –proteger los derechos de aquellos a quienes no se les suministra el servicio por cable por su condición económica– es neutral. Es más, no es como una regulación que pretende callar u ordenar policívicamente algún medio. En esas situaciones la regulación lo que hace es quitar un mensaje del aire para que una potencial audiencia no la pueda ver. También en esos casos, tanto aquellos a los que se les restringe la conducta y quienes se benefician de ella, tienen derechos cobijados por la Primera Enmienda. Es cierto que una persona que puede pagar la televisión por cable de por sí no interrumpe la transmisión del mensaje para todos, como sí lo hace aquel pirata que roba la señal. Lo que quiere decir que el primero de ellos está cobijado plenamente por la Primera Enmienda, pero el segundo ha perdido su sustento constitucional.

El lenguaje de los operadores de cable, aunque es indudablemente inhibido, es bastante libre de las restricciones a la Libertad de Expresión. Las reglas claramente no tienen efecto en los modos tradicionales de transmisión usual en cuanto al lenguaje persuasivo, así como en lo referente a las noticias o a los editoriales. Ni tampoco afectan a las películas que el operador de cable ha producido por sí mismo. Más aún, ni siquiera le estorban exhibir el trabajo de otros mientras no cobre por el servicio por separado. El solo efecto de las reglas es prohibirles a dichos operadores exhibir, por costo separado, el trabajo artístico de otros. Finalmente, ninguna razón se ha hecho saber en este punto que impida a estos operadores hacer una efectiva presentación de sus puntos de vista. A pesar de nuestra conclusión, de que las regulaciones sobre el contenido no son el tema en este caso, nosotros sostenemos que por la forma de

promulgar las normas y de ponerlas en acción, ellas violan la Primera Enmienda. La falta de publicidad y el 90% de las restricciones impuestas, claramente violan el criterio del caso O' Bryan. Carecen no solo de interés sustancial, sino incluso de todo, no propósito que pueda sostenerse por si mismo. Las reglas sobre programas y eventos deportivos no son mejores. Así mismo, el caso O' Bryan exige que se demuestre un importante y sustancial interés gubernamental, y los records demuestran que ninguno de los dos presupuestos se da.

Finalmente pensamos que la estrategia usada por la Comisión para prevenir y preservar la presente cantidad y calidad de la televisión común ha restringido más de lo debido. Además no se ha implementado directamente a dichos niveles. En cambio, la Comisión ha pensado separar películas del material deportivo y hacerlas apropiadas para transmisión común y así, dejar en libertad a los transmisores de televisión común de escoger su programación sin ninguna competencia de la televisión por cable. Asumiendo que tal esquema es razonable, sigue siendo muy claro que si tal estrategia va a ser utilizada, las normas deben ser tejidas hasta su final para que logren su objetivo de permitir a las operadoras de cable escoger su propio material. De otro modo, las normas bloquearían el flujo de programación a quienes están cubiertos y dispuestos a pagar por el sistema, con la consecuente pérdida de la diversidad y una innecesaria restricción de los derechos derivados de la Primera Enmienda para productores, operadores de cable y televidentes.

LA CONGRUENCIA ENTRE LOS MEDIOS Y LOS FINES

Así concluyéramos que la Comisión ha demostrado adecuadamente la sustancialidad del interés servido por las reglas de operación de los transmisores de cable, podríamos cuestionar su validéz, si la restricción en la actividad protegida por la Primera Enmienda no fuera mayor que su esencial interés.

Entendiendo y sabiendo la discreción de la agencia y los límites concomitantes de nuestro estudio, el análisis hecho no nos deja duda que estas normas, como están hechas en la actualidad, representan

una fatal respuesta al miedo de que la televisión por cable vaya a desplazar a la televisión local. En palabras de la propia Comisión las reglas a las cuales hemos hecho alusión "must-carry rules" han sido diseñadas para mantenerles la disponibilidad del servicio local tanto a quienes son suscriptores del servicio como para quienes no lo son.

CONCLUSIÓN

La regulación de las tecnologías emergentes de video requiere un balance delicado de intereses que compiten entre sí. Por un lado, un marco jurídico que permita el crecimiento de los nuevos medios o que de otra manera limite el número y la variedad de salidas a la expresión que podrían ir en contra de la misión de la Primera Enmienda. Estos son los extremos antagónicos de la situación. Por otro lado, el crecimiento de estos nuevos servicios de video puede estar amenazado por valores morales de la sociedad. En particular, si se desplazan completamente las expresiones que están a tono con las necesidades y las preocupaciones de las comunidades, entonces no solo contravienen una tradición histórica sino también la diversidad, que es objetivo principal de la legislación. El caso "Preferred" dio a la Corte Suprema la oportunidad de establecer un estandard para la televisión por cable en cuanto a la Primera Enmienda se refiere. Pero entonces la Corte decidió dar alguna opinión vaga que poco confirmaba la existencia de inquietudes importantes sobre la Primera Enmienda, en cuanto al contexto de la regulación de la televisión por cable.

En la parte más trascendental de la sentencia y en donde se puede percibir el ambiente jurídico del caso, la Corte dice: "Este caso comprende preguntas muy importantes concernientes a los derechos que tienen los operadores de cable en cuanto a la Primera Enmienda. En cuestión, esta la constitucionalidad de las regulaciones promulgadas por la División Pública de Carriers del Estado de Rhode Island; las regulaciones demandadas requerían:

1. Que la televisión por cable supliera la totalidad de los canales disponibles y que por lo menos un canal de los disponibles fuera público, educativo o proveído por las agencias gubernamentales.

2. Que el operador de televisión por cable construya una red institucional/industrial que le permitiera originar y transmitir, por una "tarifa", programación a instituciones y entidades públicas incluyendo colegios y congregaciones religiosas dentro del territorio .

El demandante, Berkshire Cablevisión de Rhode Island, Inc. ("Berkshire"), aplicante que busca obtener el certificado que le permita ser proveedor del servicio de televisión en Newport Country, Rhode Island, solicita la declaración de que las regulaciones son inconstitucionales ya que violan la Primera y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos, y la prohibición permanente de cualquier audición que de ella se derive.

El demandado Edward Burke, Administrador de la DPUC, es el responsable de la regulación de la televisión por cable en Rhode Island, y es demandado como agencia estatal.

Por las razones que se enumeran a continuación, la demanda y la declaración de inconstitucionalidad fueron negadas.

El propósito de las regulaciones de Rhode Island es el de garantizar la participación de la comunidad en la producción, y programación de la televisión por cable. Anteriormente se ha establecido que *"si la televisión por cable se ha de convertir en una fuerza constructiva en nuestra vida nacional, debe estar abierta a todos los Americanos. Debe existir un acceso relativamente facil...para aquellos que quieren diseminar sus ideas, dar sus puntos de vista, vender bienes y/o servicios.... esta masiva circulación de información es básica para la libertad de expresión y de prensa que ya han sido catalogados como base sobre la cual los demás derechos se desarrollan y de la cual dependen"*. Cabinet Committee on Cable Communications, [Report to the President, CABLE at 19 (1974)].

Más aún, al permitir que todos los segmentos de la sociedad participen en la television por cable, promueve el objetivo de la Primera Enmienda de lograr un público informado capaz de conducir sus propios temas.

La restricción incidental de las exigencias en las libertades de los operadores de cable no es mayor que la esencia del cumplimiento de los objetivos del gobierno. El Estado de Rhode Island les exige a los operadores de cable sólo prescindir de 7 de sus 50 o más canales de acceso público. Los operadores de cable retienen completo control editorial sobre los restantes canales y pueden usar cualquiera de ellos para expresar sus puntos de vista. Por ello las regulaciones mandatorias para el acceso representan una mínima intrusión en las actividades de los operadores de cable, en cuanto a la Primera Enmienda se refiere.

En conclusión, dichas exigencias representan los derechos de los individuos para expresarse, la libertad editorial de los operadores de la televisión por cable y los derechos de los televidentes a recibir información. La regulación reconoce los legítimos reclamos de aquellos que no pueden tener acceso para la expresión de sus puntos de vista. De acuerdo con todo lo anterior, las regulaciones del Estado de Rhode Island no violan la Primera Enmienda.

