

Caracterización de la regulación de la FCC

Juan Carlos Miguel de Bustos
Universidad del País Vasco
España

1.- Introducción

La Federal Communications Commission (FCC) regula la radiodifusión con el mandato de buscar *el interés público*¹, la *conveniencia* y la *necesidad*². Para ello, ha regulado la propiedad horizontal³, -dentro de cada localidad y a nivel nacional-, la propiedad cruzada⁴ y la integración vertical en los *networks*, mediante reglas que ya desaparecieron (Fin-syn y PTAR). En el cable, las verticales y horizontales están ahora en suspenso. Sólo excepcionalmente ha regulado los contenidos –protección de la infancia, *Fairness Doctrine*⁵, etc.-

¹ En 1943, en *Nacional Broadcasting Co. v. United States*, la Corte Suprema definió el interés público como el interés del público en un mayor y más efectivo uso de la radio. Posteriormente, en 1953, en *FCC v. RCA Communications Inc*, los tribunales aceptaron que la FCC definiera el interés público, caso por caso.

² L. Levi, “Reflections on the FCC’s Recent Approach to Structural Regulation of the Electronic Mass Media”, *Federal Communications Law Journal*, vol 52, n. 3, mayo 2000, p. 582.

³ La horizontal se refiere a la propiedad dentro de una misma industria, como por ejemplo, la televisión; la vertical a la integración de actividades situadas en la misma cadena de valor, como por ejemplo la producción y la distribución. La concéntrica o propiedad cruzada a la relación entre varias industrias: radio y televisión, por ejemplo.

⁴ Desde 1970, se prohibía la propiedad común de *networks* televisión y de empresas de cable, que fue anulada en la *Telecommunication Act* de 1996. También en 1970 se aprobó la regla que prohibía una televisión y un sistema de cable en el mismo mercado. La de teléfono y cable se eliminó también en 1996. La de diarios y televisiones también está en revisión. La de radio y televisión permitía desde 1999 tener una televisión y una de las siguientes combinaciones: hasta 6 radios en un mercado con al menos 20 voces independientes. Cuatro, si quedan al menos 10 voces y una radio, independientemente del número de voces independientes. Cuando se habla de independientes: son las estaciones de radios y televisiones comerciales o no, diarios (con más de un cinco por ciento de circulación en el DMA y el cable (que cuenta una sola voz).

⁵ Desde el principio de la FCC hasta su eliminación en el 1987 requería a quienes accedían a una licencia de radio o de televisión que “presentaran asuntos controvertidos de pública importancia, preséntados de una manera honesta, igualitaria y equilibrada”. Cf. Wikipedia.

Desde el principio, la diversidad ha sido uno de los objetivos centrales de la FCC. Esta ha estado más presente en las actuaciones relativas a la *Fairness Doctrine*, y en relación a las minorías⁶.

La ley de 1996 (Telecommunications Act) marca un nuevo período en la regulación de la radio y de la televisión norteamericanas. Hasta esta ley, se presuponía que las normas propuestas por la FCC eran correctas. A partir de esta fecha se establece la necesidad de revisión bianual de las normas e incumbe a la FCC demostrar que lo son. Estas revisiones dan lugar a que los Tribunales recojan las argumentaciones de los demandantes –en general grupos de comunicación- y que paralicen las nuevas reglas o demanden mayor justificación mediante la presentación de evidencias. Esta peculiaridad de la regulación norteamericana es un mecanismo perverso, en tanto en cuanto los Tribunales únicamente demandan cambios, ya que ellos mismos no aportan argumentaciones nuevas y colocan a la FCC en una continua búsqueda de evidencias y de argumentos empíricos, para satisfacer las demandas de los tribunales.

En la revisión 2002⁷, uno de los grandes cambios fue la propuesta de un índice de diversidad, que iba a constituir la base para aprobar o denegar la propiedad cruzada de radio, TV y prensa. El propósito de este índice era medir el grado de diversidad en los mercados locales a partir de la disponibilidad de soportes⁸. En esta preocupación por la construcción de índice de diversidad, la FCC obvia algo tan fundamental como es la definición de diversidad y de pluralismo. A pesar de que es un término de uso común, resulta desconcertante que aún hoy siga sin tener un estatuto definitorio. Ni los académicos, ni los políticos, ni la jurisprudencia han sido capaces de establecer definiciones de diversidad y de pluralismo que puedan hacerse operativas, como por ejemplo construyendo un índice que la mida. En otros ámbitos, como en la construcción del índice de Desarrollo Humano, podría buscarse inspiración.

⁶ Diversos informes durante los 60, mostraban que los medios norteamericanos presentaban un mundo exclusivamente blanco, que junto a la presión de los movimientos en pro de los derechos civiles hicieron que la FCC promulgara una serie de reglas, como la igualdad de la oportunidad de empleo. Ver H. J. Blumenthal y O. R. Goodenough, *This Business of Television*, Billboard Books, Nueva York, 1998, pp. 126-127.

⁷ Tras la paralización por los tribunales de la proposición de normas de la revisión de 2002, en 2006 tiene lugar el relanzamiento de un nuevo conjunto de normas.

⁸ Un detalle sobre cómo se elabora el índice de diversidad se puede consultar en R. Shultz, “Measuring Media Diversity: Problems and Prospects”, Joan Shorenstein Center on the Press, Politics and Public Policy, Shorenstein Fellow, Primavera, 2005, McGill University, p. 8; y en J. C. Miguel, *Pluralismo y diversidad. Regulación de las industrias culturales en Europa y en Estados Unidos*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.

Tras esta presentación, el resto del presente texto busca caracterizar la labor de la FCC en la regulación de la industria de la radio y de la televisión norteamericanas, desde la monitorización aprobada por la Ley de 1996 y especialmente, desde la tercera revisión de 2002, que fue paralizada por los Tribunales, en el caso Prometheus⁹. En concreto, se estudia la definición de diversidad que subyace en la intervención de la FCC, así como la labor de los tribunales y la creciente influencia de la sociedad civil, características que ayudan a entender uno de los mecanismos de regulación de la radio y de la televisión, con más historia, como es el caso de la FCC.

2.- Ejes sobre los que se mueve la FCC

2.1.- La FCC define la diversidad de manera indirecta

En el Report and Order and Notice of Propose Rulemaking, de 2003¹⁰, la FCC basa sus reglas en tres principios: *diversidad*, *localismo* y *competencia*. No define la diversidad, pero sí hace un inventario de tipos: de puntos de vista, de programación, de soportes, de fuentes y la diversidad relativa a minorías y a las mujeres. El localismo puede ser caracterizado como un componente de la diversidad, ya que se refiere a los contenidos locales, es decir aquellos que tiene relación con una determinada sociedad. Incluso, en muchos documentos, se justifica la diversidad de la misma manera que el localismo¹¹. De esta forma, cabe considerar que dos son los ejes sobre los que discurre la política de la FCC: diversidad (que incluye el localismo) y la competencia.

La diversidad *de puntos de vista* hace referencia a la existencia de medios que reflejan una variedad de perspectivas, lo cual, según la FCC, se consigue, en parte, a través de la regulación de la propiedad de las televisiones. La FCC considera que los puntos de vista se reflejan fundamentalmente en la programación de noticias y de asuntos públicos (public affairs), si bien no niega que los programas de entretenimiento contribuyan a la diversidad de puntos de vista.

Aunque no existen evidencias, la FCC considera que un mayor número de propietarios tenderá a generar un mayor número de puntos de vista, que en el

⁹ Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission, 24-6-2004. <http://www.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/03-3388-062404.pdf>.

¹⁰ En *Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking*, FCC 03-127, FCC, junio de 2003. Disponible en <http://www.fcc.gov/ownership/studios.html>.

¹¹ Los mismos argumentos se emplean cuando se analiza la propiedad cruzada de prensa y televisión. Ver *Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking*, FCC 03-127, FCC, junio de 2003. Disponible en <http://www.fcc.gov/ownership/studios.html>.

caso de que hubiera un número menor. En su filosofía, asume que la *diversidad marginal* es decreciente, por lo que la FCC busca restringir la propiedad en un punto, lo cual le plantea problemas en los Tribunales, ya que la diversidad marginal no es medible, por lo que resulta difícil justificar un determinado límite (por ejemplo, en el número de televisiones que una misma persona puede tener) y no otro.

La *diversidad de programas* se refiere a la variedad de formatos de programas y de contenidos. En televisión, la diversidad incluye dramas, comedias de situación, reality shows, noticias, así como programación especializada - gastronomía, música, salud, etc-. En radio hace referencia a todos los tipos de música, deportes y noticias.

La diversidad de programas y de puntos de vista se promueven de manera diferente. Mientras que para alcanzar la diversidad de puntos de vista se busca el mayor número de soportes y de propietarios-, la diversidad de programas, se alcanza mejor a través del fomento de la competencia, con lo que se busca marginalizar la regulación gubernamental¹². La explicación se basa en que si las empresas compiten, estas van a intentar responder a las preferencias de los consumidores, lo cual requiere que las empresas ofrezcan diferentes programas.

Tipos de diversidad que considera la FCC

	De puntos de vista	De programas	De soportes	De fuentes	Minorías
Se refiere a	Noticias y asuntos públicos	Tipos de programas y formatos	La existencia en un mercado de múltiples firmas de propietarios independientes	Disponibilidad de contenidos de una variedad de productores	Provisión de mayores oportunidades para entrar en la industria de los medios a las minoría y a las mujeres
Se alcanza mediante	Regulación de la propiedad de radio y televisión: Horizontal Vertical Cruzada Antes: <i>Fairness Doctrine</i>	A través de la competencia	Las reglas de propiedad de la radio y de la televisión: Horizontal Vertical Cruzada	Regulaciones tipo PTAR y Fin-Syn rules	Políticas de promoción del acceso a la propiedad de estos colectivos

¹² *Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking*, FCC 03-127, FCC, junio de 2003. Disponible en <http://www.fcc.gov/ownership/studios.html>, p. 12.

Cadena de razonamiento	Cuanto más soportes mayor probabilidad de puntos de vista diferentes	La competitividad implica responder mejor a las preferencias de los consumidores.	A mayor diversidad en la propiedad en una industria, menor probabilidad de que una persona o grupo pueda tener una gran incidencia en la opinión pública	Los productores independientes pueden contribuir a que existan más diversidad de programas	Un propietario que pertenezca a una minoría es más proclive a ofrecer contenidos de interés para esa minoría.
------------------------	--	---	--	--	---

Fuente: Elaboración propia

La relación entre las características del mercado y la programación ha preocupado desde siempre a la FCC. En 2002, la FCC encargó una serie de trabajos que trataran diferentes aspectos económicos y sociales en relación a la propiedad, buscando evidencias que respaldasen las reglas que la FCC buscaba implementar. Los resultados no permitían establecer relación alguna, como lo muestran los resultados. Sobre la existencia de una relación entre propiedad y puntos de vista, uno de los estudios concluía que “de la propiedad común de un diario y de una televisión no resultaba predecible el comportamiento en la cobertura de las noticias”.¹³ Por otro lado, Napoli¹⁴ no encuentra ninguna relación entre los ingresos de las estaciones y la programación de informaciones, y sí una relación directa entre propiedad local y provisión de programación de asuntos públicos (public affairs)¹⁵.

Spavins¹⁶, en 2002, encontraba que las estaciones de televisión que a la vez poseían diarios generalmente ofrecían más noticias locales y asuntos públicos que las estaciones que no compartían propiedad con diarios. También parece que existe una relación entre las estaciones propiedad de las *networks* y una

¹³ *Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking*, FCC 03-127, FCC, junio de 2003. Disponible en <http://www.fcc.gov/ownership/studios.html>, p. 10. Ver también C. A. Bush, *On the Substitutability of Local Newspaper, Radio and Television Advertising in Local Business Sales*, Federal Communication Commission, Washington, DC, 2002. También Roberts y otros, *A Comparison of Media Outlets and Owners for Ten Selected Markets (1969, 1980, 2000)*, Federal Communications Commission Media Bureau Staff Research Paper, 2002. Las investigaciones están disponibles en <http://www.fcc.gov/mb/mbpapers.html>.

¹⁴ P.M. Napoli, “Market Conditions and Public Affairs Programming Implications for Digital television Policy”, *Harvard International Journal of Press Politics*, vol. 6, n. 2, 2001.

¹⁵ Los public affairs son marginales en porcentaje sobre la programación. Ver “Television Station Ownership Characteristics and Local News and Public Affairs Programming: An Expanded Analysis of FCC Data”, *Info*, vol 6, n. 2, 2004, p. 114.

¹⁶ T. C. Spavins y otros, *The Measurement of Local Television News and Public Affairs Programs*, FCC, Washington, 2002.

mayor cantidad de noticias, de forma que las afiliadas difundían menos noticias que las que eran propiedad de las *networks*. Finalmente, también parece influir en la cantidad de noticias el tamaño de mercado: las estaciones de TV en los mercados más grandes tienden a ofrecer más programación de noticias que en los mercados pequeños.

El Project for Excellence in Journalism¹⁷, realizó un estudio durante cinco años y llegó a la conclusión de que las estaciones de televisión que poseían un diario ofrecían mayor calidad de informaciones y que las estaciones de televisión que pertenecían a grandes grupos ofrecían más calidad de noticias que las pequeñas, en un determinado horario, mientras que las pequeñas estaciones de televisión ofrecían más calidad en un horario más tardío. También las estaciones afiliadas ofrecían más calidad que las que eran propiedad de las *networks*.

La *diversidad de soportes* no es un objetivo en sí, sino que es el medio que, para la FCC, garantiza la diversidad de programas y de puntos de vista. Es por tanto la manera indirecta de alcanzar las dos clases de diversidad anteriormente citadas y con ello obvia entrar directamente a regular los contenidos de los programas, lo cual atentaría contra la Primera enmienda. Es decir, si la regulación de la propiedad afecta en última instancia a los contenidos, entonces esta violaría la neutralidad que busca la Primera Enmienda.

La *diversidad de fuentes* se refiere a la disponibilidad de distintos productores de contenido. Las PTAR (*Prime Time Access Rule*) y las *Financial Interest and Syndication* (Fin Syn Rules) limitaron desde los 70s hasta 1995 la integración vertical entre productores de programas y *networks* de televisión. Fueron creadas para limitar el número de horas de programación que las *networks* podían suministrar a las estaciones afiliadas durante las horas de máxima audiencia, en la creencia de que las estaciones locales programarían contenidos de productores independientes. Sí que se creó un cierto número de estos, pero no se incrementó ni la calidad ni la diversidad de los contenidos, por lo que, los tribunales, en 1992, en el caso *Schurz Communications v. FCC*, estipularon que las normas no estaban justificadas¹⁸. Estas reglas se eliminaron como

¹⁷ *Does Ownership Matter in Local Television News: A Five-year Study of Ownership and Quality*, Project for Excellence in Journalism, Washington, abril 2003.

¹⁸ En *Schurz Communications v. FCC*, la Corte de Apelación del Séptimo Circuito estableció, en 1992 que las Fin Syn eran *arbitrarias y caprichosas*, en parte debido a que la FCC no explicaba cómo las reglas conseguían potenciar la diversidad de la programación. Por otro lado, en *Time Warner v. FCC*, en el 2001, la Corte de Apelación había atacado las reglas que regulaban el cable de manera horizontal y vertical. La regla horizontal imponía un 30% como límite del número de suscriptores que podía tener cada sistema de cable; y la vertical estipulaba que se reservase el 60% de la capacidad del cable para los programas no afiliados.

consecuencia de los grandes cambios en el mercado de la televisión, visible en el incremento de canales disponibles para los hogares, ya que en el 2002, un hogar medio recibía unos 102 canales de media.

Algunos investigadores son muy críticos con estas normas y señalan que tuvieron incluso el efecto contrario. M. Einstein hace una crítica radical de las leyes porque la diversidad de programas disminuyó tras la aprobación de las PTAR y de las Fin-Syn, mientras que se incrementó en los años posteriores a su desaparición¹⁹.

Hoy son varios los grupos de la sociedad civil que reclaman la reaparición de este tipo de normas, ya que consideran que mientras que en 1993, las tres grandes *networks* producían el 32% de su programación (68% era producción independiente), en el 2002, era del 76% (24% producción independiente).

La promoción de la propiedad de *minorías* y de mujeres ha constituido un objetivo de la FCC desde 1960, en que la FCC y los Tribunales comenzaron a incluir la propiedad de las minorías en el concepto de diversidad. Durante los 60 comienza a considerarse la propiedad de las minorías como resultado de la presión de los militantes por los derechos civiles de la época, que veían unos medios dominados por las personas blancas y que ofrecían una visión acorde con este dominio.

Es en los 70, cuando por vez primera se relaciona propiedad de las minorías y diversidad de contenidos²⁰. En 1978, la FCC consideraba que los puntos de vista de las minorías continuaban siendo inadecuadamente presentados en la radio y en la televisión y creó la Política sobre propiedad de las minorías de medios de difusión que consta de diferentes mecanismos: *lottery preferences*, *comparative hearing preferentes* y la *tax certificate program*, que concedían incentivos a los propietarios de las radios y de las televisiones existentes a la hora de acceder a las licencias o cuando vendieran estas a minorías. Contaba también con la

En el caso de la propiedad horizontal, el tribunal pidió que la FCC presentara evidencias que soportaran el riesgo de comportamiento anticompetitivo, con lo cual sentenciaba que la FCC no había provisto dicha evidencia. Con arreglo al límite vertical, los Tribunales sentenciaron que las normas violaban el derecho de las empresas para alcanzar nuevas audiencias y controlar su programación, con lo que se atentaba contra la Primera Enmienda.

¹⁹ M. Einstein, *Media Diversity*, Lawrence Erlbaum Associates, London-Nueva Jersey, 2004; B. Compaine analiza la obra de M. Einstein en B. Compaine, *The Media Monopoly Myth*, New Millennium Research Council, 2005, pp. 8 y ss.

²⁰ En 1973, fue el Circuito de Apelación de D.C., quien sentenció que “la identidad racial de los solicitantes afroamericanos de una licencia de radio era algo relevante a considerar a la hora de ser elegidos”. Ver R. B. Hortwitz, “On Media Concentration and the Diversity Question”, Department of Communication, University of California, San Diego, California, octubre 2004, p. 29.

distress sale program, que permitía la venta a minorías, en el caso de una revocación de licencia, por un valor del 75% o menos.

En la actualidad, debido a la presión ejercida por los grupos de comunicación, se comienza a considerar el abandono de las políticas a favor de las minorías y se argumenta que no existe evidencia entre la propiedad por personas de las minorías y la diversidad de puntos de vista. En esta etapa, la FCC busca evidencias sobre la relación entre propiedad de las radios y televisiones propiedad de minorías y el contenido.

Los resultados de los estudios proveen datos sobre la anterior relación, de manera marginal. Mason cita dos estudios –uno relativo a estaciones de radio de afroamericanos y otro relativo a radios en lengua española- los cuales no encuentran relación alguna entre este tipo de propiedad y una diferente programación. Cita también otros tres en los que las estaciones propiedad de minorías tienden a ofrecer más noticias que pueden interesar a las minorías y que evitan los estereotipos relativos a las minorías. En otro estudio, del propio Mason²¹, encuentra una relación curiosa: existe una correlación directa entre propiedad de las minorías y contenidos, en radio, pero no en televisión²².

Más optimista es Horwitz²³, quien cita varios estudios de los 80 y de los 90, entre los que destacan los de Dubin y Spitzer, para quienes los propietarios de radios de minorías tienen una mayor tendencia que los propietarios blancos a programar de manera distinta, si bien esta manera distinta sólo se refiere a los formatos. Además estos cambios tienen lugar cuando se dan ciertas condiciones: que las minorías sean importantes en porcentaje, que existan grandes estaciones de radio y que no existan estaciones específicamente dirigidas a estas minorías.

Habrá que esperar a los resultados de los cambios que la FCC prevea hacer en la presente revisión de las reglas de 2006. Sean cuales sean los resultados, sería deseable que aumentasen las cifras tan reducidas de la propiedad de medios por

²¹ L. Mason y otros, “Support for FCC Minority Ownership Policy: How Broadcast Station Owner Race or Ethnicity Affects News and Public Affaire Programming Diversity”, *Communication Law & Policy*, 2001, vol. 6, n. 1,.

²² Esta última relación es curiosa y M. Einstein encuentra una explicación económica. La radio es un medio en el que la segmentación es fundamental, las audiencias son más objetivables y medibles, mientras que las televisiones sirven a grandes audiencias. Además en el estudio, la programación de las televisiones estaba realizada a nivel nacional, porque la mayoría de las estaciones pertenecían a cadenas. Por último, Einstein observó que los propietarios de las estaciones de radio se implicaban en la programación del día a día, mientras que eso no sucedía en las televisiones. M. Einstein, *Media Diversity*, Lawrence Erlbaum Associates, London.Nueva Jersey, 2004, p. 36.

²³ R. B. Hortwitz, “On Media Concentration and the Diversity Question”, Department of Communication, University of California, San Diego, California, octubre 2004.

las minorías, ya que en conjunto suponen el 33% de la población norteamericana, pero sólo tienen la propiedad de medios el 3,26% de las televisiones²⁴.

2.2.- Tribunales y evidencias

La labor de la FCC no puede entenderse sin considerar el papel del **Congreso y de los Tribunales**. El Congreso puede actuar, siempre que considere que una determinada regla debe ser cambiada. Los jueces no pueden cambiar las leyes, pero sí pueden hacer que sean devueltas, para que la FCC las reconsidere o para que las justifique mejor. Su misión es la de observar si las reglas propuestas son *arbitrarias* o *caprichosas*, que es cuando “la agencia [la FCC] se ha apoyado en factores que el Congreso consideraba que no debían ser tenidos en cuenta, que haya fallado a la hora de considerar un aspecto importante del problema, que ofrezca una explicación de sus decisiones que vaya en contra de las evidencias o que la regla sea tan poco plausible que no pueda ser interpretada como un punto de vista diferente o como el resultado del propio saber hacer de la agencia”²⁵.

La FCC debe demostrar que tanto la retención de las leyes, la retirada o la modificación de las reglas son *necesarias* para el interés público. En esto ha habido un cambio porque la jurisprudencia hoy interpreta la necesidad en sentido laxo, de forma que *necesario* para el interés público significa que continúa *sirviendo* al interés público, es decir que es *conveniente* y no que es *indispensable* para el interés público²⁶. Esta interpretación semántica le concede más poderes a la FCC²⁷.

²⁴ E. J. Wilson, “Technological Convergence, Media Ownership and Content Diversity”, The Information Revolution and People of Color”, University of Maryland, Collage Park, octubre 24-25, Mariland, 1999, p. 9. Ver también S. Dereck Turner y M. Cooper, *Out of the Picture: Minority & Female TV Station Ownership in the United Status*, Freepress²⁴, septiembre de 2006. Disponible en www.freepress.net.

²⁵ En *Burlington Truck Lines, Inc. V. United Status*, 371 U.S. 156, 168 (1962). En *Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission*, 24-6-2004. <http://www.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/03-3388-062404.pdf>, p. 133.

²⁶ Ver nota 93, en que se analiza el cambio de interpretación en la jurisprudencia, de “necessary in the public interest”. *Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission*, 24-6-2004. <http://www.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/03-3388-062404.pdf>, p. 135-136 (es la opinión disidente del juez Sirica). Además, la interpretación que hace la FCC de *necesario* es *servicial* (useful), *conveniente o apropiada*, más que *indispensable*. Id., pp 137 y ss.

²⁷ La interpretación de necesidad en sentido laxo es necesaria para que la actuación de la agencia no caiga en la contradicción de que la FCC instaure una norma que sea conveniente, pero que en la revisión resultase retirada porque no es indispensable.

La monitorización necesaria desde 1996 reconoce de hecho la dinamicidad que caracteriza a los mercados mediáticos. Además, esta monitorización supone un gran cambio en la filosofía que subyace en las actuaciones de la FCC, ya que la revisión se coloca en el corto plazo, mientras que hasta 1996, la labor de la FCC ha sido más de prospección y de anticipación al futuro²⁸. Estas revisiones hacen que la FCC sea más frágil (más fácil de atacar) porque los Tribunales múltiples ocasiones de poder atacar los razonamientos de la FCC.

La revisión, tal y como se prescribe tiene un carácter desregulatorio, ya que coloca el acento en la modificación o en la retirada de las normas, mientras que hasta 1996, las reglas se mantenían a menos que hubiera razones para cambiarla²⁹.

La FCC debe justificar los cambios que propone de manera eficiente; eficiencia que reclama evidencia empírica, que no siempre está disponible. Resulta difícil encontrar estudios que muestren a las claras la relación de una variable con otra, porque no tiene porqué existir una relación lineal entre menor número de propietarios y una reducción de la diversidad. La razón es que el contexto y la estructura en la que los soportes operan, pueden resultar más importantes que el número de soportes o que la propia organización de estos. M. Einstein establece que la diversidad en los medios depende del contexto y de la estructura y afirma que es “la dependencia de la publicidad para su soporte financiero quien le lleva a una diversidad limitada”³⁰.

La multiplicidad de factores que afecta a los medios, hace que no puedan realizarse análisis lineales. Así, el nacimiento del cuarto *network* –Fox- tuvo lugar cuando se dieron múltiples circunstancias: además de factores tecnológicos (existencia de satélites para realizar transmisiones) y económicos –reducciones en los costes de los equipos-, resultó fundamental la eliminación de las reglas PTAR y Fin Syn que permitieron que la Fox –con amplia presencia en la producción- creara el nuevo *network* Fox TV. En este caso, las reglas preexistentes consideraban que la unión de productores y de difusores disminuía la diversidad, pero esta disminución se compensó, al menos en parte, con el nacimiento de una nueva *network*.

²⁸ Esto se desprende de la consulta de las páginas 126-131 de *Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission*, 24-6-2004. <http://www.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/03-3388-062404.pdf>.

²⁹ *Prometheus Radio Project v. Federal Communications Commission*, 24-6-2004. <http://www.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/03-3388-062404.pdf>, p. 138.

³⁰ M. Einstein, *Media Diversity*, Lawrence Erlbaum Associates, London. Nueva Jersey, 2004, p. 4.

Aparentemente, muchos de los problemas de la FCC se solucionarían con la provisión de evidencias empíricas. Sin embargo, como señala Craufurd, al referirse a las informaciones empíricas: “el acceso a este tipo de informaciones no elimina el riesgo de error. Los jueces, lo mismo que los políticos, al moverse dentro del mundo de las estadísticas, de las tendencias de los mercados y de la evolución tecnológica, pueden escoger caminos equivocados. La tentación en estas circunstancias puede muy bien ser la de limitarse a proponer objetivos generales, para después que sea el legislador o el organismo regulador quien promueva estos objetivos mediante reglas concretas”³¹.

Todo ello significa que, aún cuando pudieran existir evidencias, al ser estas interpretables, parece que la FCC va a tener que enfrentarse a los Tribunales de justicia durante largo tiempo.

2.3.- Movimientos civiles y grupos de comunicación

Durante los 60 hubo una gran presión para que la FCC hiciera accesible los medios a las minorías, lo que suponía un incremento de la diversidad. Hoy, desde 2003, existe un gran movimiento contra la reforma de la FCC, apoyado ampliamente por la sociedad civil norteamericana.

La revisión bianual de 2002 implica cambios estructurales de gran calado, equiparables a los de la Telecommunications Act de 1996, y fue más contestada que esta. Algunas asociaciones plantearon batalla legal para paralizar la reforma. Destacan la Consumers Union, Center for Digital Democracy y Fairness and Accuracy in Reporting. Hoy, en la revisión de 2006, destaca la coalición Stop Big Media³², cuyo nombre resulta suficientemente explícito.

La revisión de 2002, se concretó en una propuesta por la FCC de junio de 2003, que significaba un cambio, sin precedentes, con tintes claros de desregulación: especialmente el incremento del tope nacional al que podía llegar una televisión (45%), y la relajación de las normas de televisión local, que permitía hasta tres televisiones en los mayores mercados, junto a la nueva norma de propiedad cruzada que permitía la propiedad cruzada en los mercados con tres o más televisiones (97,7% de las áreas)³³.

³¹ Craufurd opina que es el Congreso quien está mejor equipado que los jueces para manejar la información necesaria. R. Craufurd Smith, *Broadcasting Law and Fundamental Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 238.

³² A lo largo de 2006 informa de los principales movimientos en torno a la revisión de reglas de propiedad. El listado de asociados puede consultarse en <http://www.stopbigmedia.org>.

³³ A. J. Campbell, “A Public Interest Perspective on the Impact of the Broadcasting Provisions of the 1996 Act”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 58, n. 3, 2006, p. 467

Los ataques a la FCC venían de los dos frentes. Por un lado, la sociedad civil argumentaba que la FCC había ido demasiado lejos, mientras que para los grupos de comunicación las nuevas reglas se habían quedado cortas. En total hubo nueve demandas, que al final fueron consolidadas en el Tercer Circuito, bajo el nombre de Prometheus Radio Project v. FCC. Los Tribunales señalaron que la FCC había errado a la hora de justificar los límites de propiedad cruzada y los límites de propiedad de la televisión local, así como en la decisión de retener la norma establecida por el Congreso relativa a los límites numéricos de las estaciones de radio. La decisión de los Tribunales dejó en suspenso las leyes hasta la nueva revisión, que es precisamente la que está ahora, en 2006, teniendo lugar.

Tucho³⁴ ofrece una taxonomización de este movimiento y distingue varios tipos de grupos. Desde organizaciones que tienen como objetivo ofrecer informaciones a otros movimientos³⁵, a grupos que tienen por objetivo el seguimiento de los medios de comunicación, como Fairness and Accuracy in Reporting o Media Channel, pasando por grupos militantes que buscan la formación y educación a los medios –Action Coalition for Media Education-, el estudio de los procesos de elaboración de las políticas de comunicación –Global Action Project-, medios de información alternativos –OneWorld TV- y otros, entre los que destaca la Consumer Federation of America. Otros más alejados, pero que han sido influyentes ha sido el Center for Public Integrity, que ha realizado estudios sobre la labor de lobby de los grupos de comunicación sobre el Congreso, de la Cámara de representantes y de la propia FCC.

El comportamiento de la FCC muestra que tiende a alinearse con los intereses de la industria³⁶, lo cual se conoce con el nombre de *captura regulacional*, término definido por Horwitz para dar cuenta del hecho de que las agencia de regulación “favorezcan sistemáticamente los intereses privados de las partes reguladas y que sistemáticamente ignoren los intereses del público”³⁷. Esta captura se demuestra también en el tipo de estudios que se encargan, llegando

³⁴ F. Tucho, “La sociedad civil ante el sistema mediático. El Movimiento de Reforma de los Medios en Estados Unidos”, en ZER, n. 20, Bilbao, 2006, pp. 305 y ss.

³⁵ Se trata del Center for Media and Democracy, Prometheus Radio Project -pionera en la creación de radios libres y como sabemos es uno de los grupos que lideraron la batalla judicial contra la Reforma de la FCC de 2002-, Media Access Project y Center for International Media Action.

³⁶ T. Flew, “The Social Contract and Beyond in Broadcast Media Policy”, Television and New Media, vol 7, n. 3, agosto de 2006, p. 286.

³⁷ R. B. Horwitz, *The Irony of the Regulatory Reform: The Deregulation of the American Telecommunications*, Oxford University Press, Nueva Cork, 1989, p, 29. Citado en T. Flew, p. 289.

incluso a desviar y silenciar algunos de estos estudios, en el caso de que los resultados no vayan en la línea buscada o contradigan alguna de las medidas que la FCC proponga. Así, en primavera de 2006, se denunció la existencia de dos estudios sobre propiedad de los medios, que nunca vieron la luz pública. Uno, de ellos establecía que la concentración en grandes grupos afectaría negativamente a las noticias producidas localmente³⁸.

En la revisión de 2002, llamó la atención la poca cobertura mediática de la propuesta de la FCC, y eso a pesar de que el comisario de la FCC Jonathan Adelstein consideraba la decisión como “el más extenso y destructivo barrido de las reglas de protección del consumidor en la historia de la radio y de la televisión norteamericanas”.³⁹ Los dos comisarios demócratas Adelstein y Copps- criticaron que, a pesar del volumen de comentarios hechos por el público, en su mayoría en contra de las reglas, hubiera habido únicamente una sola audición pública, y cinco reuniones con los grupos defensores de los consumidores⁴⁰. Contrasta con las 71 veces que los más grandes grupos de comunicación se habían reunido con los miembros de la FCC, a puerta cerrada antes de que la FCC hiciera pública su propuesta⁴¹. El Comisario demócrata Copps organizó audiciones no oficiales a lo largo del país, en colaboración con grupos como el Sindicato de Escritores.

2.4. Es mejor no regular

³⁸ En concreto que las televisiones cuyos propietarios eran locales emitían unos cinco minutos y medio más que aquellas cuyos propietarios no eran locales. Cf. J. Puzanghera, “FCC Lawyer Says TV Study Was Hushed”, Los Angeles Times, 15-9-2006. En <http://www.latimes.com/business/la-fi-fcc15sep15,1,7906761.story>.

³⁹ Multinational Monitor, mayo-junio de 2004, p. 13. Beckerman caracteriza la propuesta de la FCC de junio de 2003 como “la mayor relajación de las reglas de propiedad de los medios en los últimos treinta años. Cf. G. Beckerman, “Tripping up Big Media”, Columbia Journalism Review, vol. 42, n. 4, nov-dic. 2002, p. 15.

⁴⁰ N. Hickey, “FCC: Ready, Set, Consolidate”, Columbia Journalism Review, julio-agosto de 2003, vol 42, n. 2, p. 5.

⁴¹ Esto nos lleva a plantear el papel de los *lobbies*. Con respecto a la Telecommunication Act, de 1996, el senador Larry Pressler dijo que era “la propuesta en la que más presión (lobbies) ha habido”. R. G. Noll y M.E. Price, *A Communications Cornucopia. Markle Foundations Essays on Information Policy*, Brookings Institutions Press, Washington, D.C., 1998, p. 485. Valga el dato de que desde 1995 hasta el 2000, hubo 1.460 viajes de miembros de la FCC con gastos pagados por los medios de comunicación y sus asociaciones. Ver Ch. Lewis, “How Corporate Spending Blocked Political Ad Reform & Other Stories of Influence”, Columbia Journalism Review n. 3, 2000, pp. 20-27.

Noam⁴² ha analizado la concentración en la industria de los medios y de las telecomunicaciones, mediante el cálculo del índice Herfindahl-Hirschmann⁴³, desde 1983, hasta el 2005.

Tras distinguir entre medios regulados y no regulados, establece que la concentración dentro de los medios regulados⁴⁴ ha estado por debajo del valor HHI de 1000⁴⁵ (baja concentración) hasta 1996, fecha a partir de la cual dicho valor no ha parado de incrementarse hasta sobrepasar el valor de 1600 (medianamente concentrado) en el 2004.

Valor de HHI corregido en distintas industrias. 1984-2004

	1984	1992	1996	2000	2004
Medios regulados (a)	900	700	720	1400	1600
Medios no regulados (a)	525	600	700	900	900
Internet		3500	1550	1570	2100
Todos los medios⁴⁶, nivel local	6000	5920	6000	5700	5100

(a) Es a nivel nacional

Nota: Los valores son aproximados, pues están confeccionados a partir de varios gráficos. Los gráficos proceden de E. Noam, “Deregulation and Market Concentration: An Analysis of

⁴² E. Noam, “Deregulation and Market Concentration: An Analysis of Post 1996 Consolidations”, *Federal Communications Law Journal*, vol 58, n. 3. Ver también “Media Concentration in the United States: Industry Trends and Regulatory Responses”, en <http://www.vii.org/papers/medconc.htm>.

⁴³ Realmente utiliza un índice HHI corregido, utilizando pesos, mediante los ingresos de cada industria. $WAHHI = \sum_{j=1}^n \frac{m_j}{\sum_{j=1}^n m_j} \sum_{i=1}^f$ En donde j es una industria; m_j: es el ingreso total de

una industria; s_i= la cuota de mercado de cada industria; n= número de industrias en un sector específico, y f= número de empresas en una industria.

⁴⁴ Los medios regulados están constituidos por la producción de programas de TV prime time, estaciones de radio y de televisión, proveedores de TV por satélite, operadores de cable y networks de televisión. Los no regulados son los equipos de televisión por satélite, los decodificadores de cable, los networks de radio, la sindicación de televisión, canales de televisión, canales de pago y canales de música para cable. También considera como no regulados el hardware y software de videojuegos, los aparatos de televisión, de DVD, de CD, etc., así como la producción y distribución de cine, salas de cine, video, alquiler de video, edición, distribución y venta de música, diarios, libros –incluidos los distribuidos *on line*-, revistas, revistas académicas, imprentas, lectores de mp3, software de lectura de videos *on line*, y los servicios de información *on line*.

⁴⁵ El Departamento de Justicia norteamericano y la FTC (Federal Trade Comisión) establecen que menos de 1000 no es concentrado, moderadamente entre 1000 y 1800 y altamente concentrado, a partir de 1800.

⁴⁶ Incluye TV por cable, diarios locales, revistas, estaciones de radio y de televisión.

Post 1996 Consolidations”, *Federal Communications Law Journal*, vol 58, n. 3, pp. 544-555 y 548.

Según Noam, la concentración en las industrias no reguladas a nivel nacional es, por tanto, moderada y muestra un ligero repunte a partir de 1996. Este incremento es la consecuencia natural del aumento de competencia que supuso la Ley de 1996. La eliminación de los límites de propiedad en la radio y la elevación de los de las televisiones potenció la entrada y creó incentivos para que las empresas se fusionaran, de cara a alcanzar una cierta cuota de mercado⁴⁷. Es decir lo que hizo la Ley de 1996 fue aumentar la competencia y en consecuencia aumentó la concentración, en la búsqueda de posiciones de poder, por lo que no cabe interpretar la competencia y la consolidación movimientos separados.

Sin embargo, la concentración en Internet es importante y más aún, los medios de comunicación a nivel local. Es este nivel el que debe considerarse realmente la concentración, ya que es el nivel más relacionado con el consumidor. A pesar de que los valores son de una gran concentración, Noam sólo los considera superficialmente.

Por otro lado, Compaine⁴⁸, compara el índice Herfindahl-Hirschman entre 1986 y 1997 y llega a la conclusión de que la concentración es inexistente, ya que cita la cifra de 268, muy por debajo de los 1800 en que se considera que una industria empieza a estar concentrada. Este índice tan bajo es debido a que los mercados se han expandido, porque han crecido en cifra de negocios, pero también porque se incluyen todos los productos sustitutivos. Al considerar más productos, los índices disminuyen. Si se utiliza el índice de las cuatro primeras empresas y se consideran más productos como sustitutivos, el numerador va a ser más reducido.

R. H. Weinstein⁴⁹ coincide con Noam, al afirmar que los mercados no regulados proveen incentivos económicos para que los propietarios de diversos soportes ofrezcan una mayor diversidad de contenidos. Incluso, piensa que la competencia atomizada entre empresas puede significar una variedad reducida. De aquí que la regulación a través de la limitación de la propiedad pueda significar un descenso de la variedad, con lo que se coloca cerca del

⁴⁷ E. Noam, “Deregulation and Market Concentration: An Analysis of Post 1996 Consolidations”, *Federal Communications Law Journal*, vol 58, n. 3, 2006, p. 548.

⁴⁸ B. Compaine y D. Gomery, *Who owns the media? Competition and Concentration in the Mass Media Industry*, Lawrence Erlbaum Associates, Nueva Jersey, 2000.

⁴⁹ “The Diversity Paradox: Media Ownership Regulation and Program Variety”, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, otoño 2004, vol 10, n. 1.

pensamiento de Steiner y sus seguidores –Owen⁵⁰– , que defienden que una situación de monopolio podría implicar una mayor diversidad que en competencia. Justo lo contrario de lo que pretende la FCC.

Los partidarios de la desregulación -como Noam- son los que más estudios empíricos realizan. Si las industrias no reguladas están menos concentradas, entonces el corolario es que es mejor no regular la industria, por lo que la conclusión final sería que la FCC debería olvidarse de las restricciones estructurales y dejar que sean las autoridades de la competencia quienes regulen el mercado de los medios, y por tanto, indirectamente, el de las ideas.

3.- Conclusiones

El desarrollo de sistemas alternativos de oferta de contenidos audiovisuales – VOD, TiVo, cable, satélite, hertz, Internet- es visto como sustitutivo por autores como Compaine, Weinstein o Noam.

Cabe señalar que el uso que hacen tanto Noam como Compaine de los índices de concentración son interesados, ya que consideran fundamentalmente la concentración a nivel nacional y consideran diferentes productos como sustitutivos. Al haber muchos productos sustitutivos, los índices de concentración se reducen. Por otro lado, al considerar industrias culturales a nivel nacional, los índices de concentración también bajan, por lo que cabe hablar de un uso interesado de los índices, ya que al ser bajos no se justifica la necesidad de una regulación.

Ante lo nuevo, la FCC piensa que lo mejor es no intervenir y esperar a que se desarrolle. Un buen resumen del pensamiento que defiende la no intervención en relación a los nuevos mercados, como por ejemplo Internet y la banda ancha la daba William E. Kennard, presidente de la FCC, en unas declaraciones en Wall Street Journal: “Lo que necesitamos recordar ahora es que nadie puede prever estas innovaciones [se refiere a la radio por Internet]. No podemos regular los problemas que deben aún materializarse en un mercado que debe aún desarrollarse”⁵¹.

Hace treinta años, también había nuevas tecnologías que se establecían, entre grandes dificultades y con lentitud, como era el caso del cable, de las videocasetes y del satélite y algunos reclamaban que la FCC dejara de utilizar

⁵⁰ Una misma empresa con tres canales de televisión tiene interés en ofrecer tres tipos de programas, para llegar a toda la audiencia, mientras que si son tres empresas, estas están interesadas en ofrecer la misma programación que ofrece el líder. B. M. Oweny S.S. Wildman, *Video Economics*, 1992, Weinstein, p. 163.

⁵¹ Wall Street Journal, 24 de agosto de 1999.

como instrumento de regulación la renovación de licencias a las radios y a las televisiones estableciendo el modelo de la prensa escrita. En cierto modo hoy se asiste a una reinterpretación de esta petición cuando se afirma la sustitutividad de todos los soportes o cuando los Tribunales piden a la FCC que aporte evidencia empírica. Al menos el propósito es el mismo: no regular los contenidos, ni directa, ni indirectamente.

En la actualidad, La FCC se encuentra con tres principales obstáculos, *que debe aprender a gestionar: los Tribunales, la presión* de la sociedad civil y los *lobbies* de los regulados. En el caso de los *Tribunales*, debe proveer evidencias empíricas, a veces difíciles de conseguir. Los Tribunales, en general, aceptan las reglas propuestas por la FCC -como en el caso de Prometheus- pero reclamaban mayor justificación de porqué se colocaban determinados límites y no otros. Esto significa que la FCC debe en primer lugar justificar una determinada regla -o su anulación-, y en el caso de justificar la regla, queda la parte más difícil que es la de establecer los límites.

Como señala Horwitz⁵², “entre desregulación y sentencias de los Tribunales es la economía del mercado quien reina suprema en Norteamérica”. Los mercados pueden traer diversidad, la diversidad que signifique satisfacer a todos los segmentos que podamos considerar en nuestras sociedades.

Respecto a la *presión* social, debido a que la FCC promueve la diversidad, debe contar con la sociedad civil a la hora de establecer las normas y reglas que vaya a adoptar, retener o modificar, ya que son instrumentos fundamentales para la democracia. La FCC debe liberarse de la *captura regulatoria*, que supone un sesgo que tiene en cuenta únicamente a los grupos de comunicación. En todo caso, debe compensarse la labor legítima de lobby que realizan los grupos de comunicación con la instauración de mecanismos de comunicación con la sociedad civil.

La diversidad, el pluralismo al igual que otros *hiperconceptos*⁵³ como el servicio público son difíciles de definir y por tanto de medir, y a pesar de la existencia de un consenso general sobre la necesidad de promocionar el

⁵² R. B. Hortwitz, “On Media Concentration and the Diversity Question”, Department of Communication, University of California, San Diego, California, octubre 2004, p. 46.

⁵³ Con éste término se quiere dar cuenta de conceptos que son considerados como valores en sí, que están en la base de muchas políticas y de muchas agencias de regulación (por ejemplo europeas). Debido a que se establece su definición caso por caso, o país por país, la definición es muy difícil de establecer con carácter universal. Los mejores ejemplos son diversidad, servicio público o pluralismo.

pluralismo en los medios de comunicación, no existe ni en USA ni en Europa una definición sobre su significado⁵⁴.

Obviar la definición de diversidad plantea problemas, que los Tribunales pueden utilizar para no aceptar las normas propuestas por la FCC. Y, definirla de manera indirecta (diversidad de propietarios como sinónimo de diversidad) tampoco resulta aceptable porque no solamente falta literatura económica que apoye esta relación sino que también debe profundizarse y buscarse nuevas definiciones de diversidad, sobre todo en una época en la que existen grandes diferencias, con respecto a la época del comienzo de las regulaciones en USA. En este sentido, los grupos de comunicación norteamericanos, en enero de 2005, los *networks* y los propietarios de diarios –Tribune Co., Fox, Viacom Inc. Y NBC Universal-, utilizando el argumento de la abundancia, urgieron a la Corte Suprema para que revisara y anulara la decisión del Tribunal de Apelación del Tercer Circuito de Filadelfia (Radio Prometheus) que había paralizado el plan de relajación de las normas de propiedad de los medios que la FCC había propuesto en junio de 2003. La razón fundamental que daban era que los desarrollos tecnológicos y de competencia han hecho que las reglas de propiedad cruzada⁵⁵, y en general todas las reglas⁵⁶ sean obsoletas.

Podríamos decir que para garantizar una mayor diversidad, más que la forma de regular, de la existencia o no de un organismo independiente de regulación y más que de normas estructurales *ex ante* o *ex post*, lo que se necesita es la búsqueda de diferentes modos de financiación, ya que mientras que sea la publicidad el mecanismo de financiación de medios como la radio o la televisión, la programación va a responder fundamentalmente a intereses de los anunciantes. Además, el hecho de que no exista una televisión pública potente en USA implica que esta no puede jugar el papel de líder en innovación, en temáticas, en objetividad, etc.

⁵⁴ R. Schultz, “Measuring Media Diversity: Problems and Prospects”, Joan Shorenstein Center of the Press, Politics and Public Policy, Working Paper Series, primavera de 2005.

⁵⁵ B. Barnes, “Media Firms Ask Supreme Court to Weigh In on Ownership Issue”, Wall Street Journal (Eastern Edition), 31-1-2005, p. A4.

⁵⁶ “Mega-Giants and Scarcity”, Broadcasting & Cable, 6-12-2004, vol. 134, n. 49, editorial de página 53. En este editorial se declaraba totalmente a favor de la eliminación de la jurisprudencia del caso Red Lion, de forma que únicamente se regule la parte económica de los medios a través de leyes antitrust: “el público y los difusores deben ser los únicos árbitros de los contenidos, y no el gobierno. El nombre del caso procede de una estación de televisión que rehusó ofrecer tiempo de antena a una persona a la que había atacado (*demeaned*). Los jueces sostuvieron la necesidad de la *Fairness Doctrine* y la necesidad de monitorear las empresas de medios. Cf. “Media Firms Target Red Lion”, TelevisionWeek, febrero de 2005, vol. 24, n. 6, p. 10

Hoy, la FCC vuelve a proponer la modificación de las reglas, que ya propuso en 2003. Cualesquiera que sea el resultado de esta nueva revisión de las reglas, junto con los argumentos y evidencias que aporten va a suponer una nueva etapa en la regulación de los medios norteamericanos, especialmente en radio y televisión. Ante este tipo de editoriales, sólo queda decir que ojalá se pudiera garantizar la diversidad de la manera más simple que es la de la regulación de la competencia. Pero, incluso esta no es tan fácil de efectuarla y también en ella actúan la política, porque sobre todo las grandes operaciones son el resultado de complicadas negociaciones, en las que influye desde la cercanía hacia el partido dominante, hasta la cantidad y calidad de los lobbies. La economía tampoco es una ciencia exacta.

Lo que suceda, es decir lo que proponga la FCC y lo que establezcan después los Tribunales de apelación (ya que previsiblemente serán constados por los regulados o por la sociedad civil) constituirá una nueva etapa en la estrategia de actuación de la FCC. Parte del resultado dependerá de la exquisitez con que se lleve el proceso (audiciones públicas) y de la calidad y del rigor de las argumentaciones.

Juan Carlos Miguel
Univ. del País Vasco
Octubre de 2006