ONTOLOGÍA JURÍDICA DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN: ANÁLISIS DE SU BASE NORMATIVA EN PROSPECTIVA A UN MODELO CONVERGENTE.

Felipe Alfonso Hernández Maya*

I.- Justificación del tema. Sector cambiante y modelos normativos en desarrollo.

Quizá por principio de cuentas lo que se tiene que precisar es el objeto que persigue el presente estudio, atendiendo al título asignado. Partimos de la base que la ontología es una rama de la metafísica que estudia lo que hay, es decir, qué entidades existen y cuáles no. De manera particular, la ontología jurídica se encarga de estudiar el ser del derecho, es decir, cuál va a ser el objeto sobre el cual se realizará algún estudio o análisis en lo particular.

En nuestro caso, el objeto de derecho materia de estudio lo serán los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión de conformidad con los ordenamientos que lo rigen, partiendo de su base constitucional, los ordenamientos secundarios que le son aplicables, y aquellos otros ordenamientos que nos permitan construir en una segunda etapa una opinión fundada respecto de la posibilidad de reunir a ambos servicios en un esquema común a nivel normativo, o lo que comúnmente es conocido como convergencia regulatoria.

Partiendo de lo anterior, habrá que destacar inicialmente que el tema de las telecomunicaciones (*lato sensu*)[1] ha cobrado especial relevancia a lo largo de los últimos años en nuestro país. Particularmente, desde los últimos cambios institucionales al haberse creado la Comisión Federal de Telecomunicaciones en el año de 1996, y al publicarse la Ley Federal de Telecomunicaciones, un año antes en 1995. En fechas más recientes, al ser las telecomunicaciones un tema de todos los días con motivo de las licitaciones de fibra oscura de la Comisión Federal de Electricidad; las Licitaciones 20 y 21 de la Comisión Federal de Telecomunicaciones; y el Decreto de Transición a la Televisión Digital publicado por el Ejecutivo Federal.

---

* Doctor en Administración Pública por la Universidad Anáhuac y la Universidad Sorbona de París. Maestro en Derecho de las Telecomunicaciones por la Universidad Francisco de Vitoria y la Universidad Anáhuac. Cursó la carrera de Derecho en la Universidad Iberoamericana y actualmente se encuentra estudiando la carrera de Ingeniería Industrial en el sistema Tec Milenio del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

[1] De acuerdo al sistema jurídico mexicano, las telecomunicaciones *lato sensu* son definidas en el artículo 3º de la Ley Federal de Telecomunicaciones como toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos, u otros sistemas electromagnéticos. Por su parte, las telecomunicaciones *strictu sensu* pueden ser entendidas como los servicios de telecomunicaciones, distintos al de radiodifusión. En tanto, éstos últimos, no dejan de ser un servicio de telecomunicaciones, pero tienen características particulares como se verá en el presente análisis. Léase entonces que: todo servicio de radiodifusión debe ser entendido como un servicio de telecomunicaciones, pero no todo servicio de telecomunicaciones es de radiodifusión.

Con independencia de lo anterior, tal vez el verdadero motor del sector obedece a su misma esencia tecnológica, que si bien lo comparte con otras áreas como el sector energético, automotriz o de desarrollo científico en materia de salud, ningún otro muestra un dinamismo e impacto en la sociedad tal como el de las telecomunicaciones, acompañado por obvias razones, del de la informática.

A lo anterior habrá de sumarse lo ocurrido en otros países, en donde una variable de medición de sus niveles de desarrollo lo constituye permanentemente el análisis de la penetración de los servicios de telecomunicaciones y la accesibilidad a los mismos por parte de la población. Dicho referente de manera constante se compara y analiza por parte de organismos especializados como la Unión Internacional de Telecomunicaciones[2], lo cual sumado al desarrollo tecnológico propio del sector, tiene como resultado un área de la economía en constante análisis y observación.

Para efectos de nuestro estudio de naturaleza inminentemente jurídica, habrá de cuestionarnos entonces el por qué la importancia de resaltar la realidad cambiante en el sector de las telecomunicaciones.

En principio, porque el derecho como bien sabemos resultaría materia inerte si no estuviera acompañado de la necesidad de regular diferentes supuestos que se dan únicamente en la realidad y para la realidad, los cuales pueden variar de momento a momento por el transcurso propio del tiempo, y en nuestro caso, por el desarrollo de diferentes supuestos que van acompañados de un natural avance tecnológico y de sinergias de mercado.

En ese sentido y en alusión además a uno de los mayores promotores de la ciencia jurídica de nuestro país y de nuestra alma Mater, de acuerdo con el maestro Miguel Villoro Toranzo, la definición de *Derecho* debe ser entendida como un *"sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica."*[3]

Abundando en lo anterior, nos indica el propio maestro Villoro que "*el derecho no es una cuestión académica, sino tarea eminentemente práctica. El derecho no debe quedar como especulación teórica, utópica, sino que debe realizarse en la realidad histórica… Todo sistema normativo se da en la realidad, por la realidad y para la realidad. El Derecho se da en la realidad, porque es en la realidad donde se manifiestan sus exigencias de cumplimiento; se da por la realidad, porque son fuerzas y circunstancias reales las que han dado origen a las normas jurídicas; se da para la realidad, porque una ordenación normativa*

[2] A manera de ejemplo, en la siguiente liga se podrá encontrar el documento elaborado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, relacionado con el comportamiento del sector en el año 2009, dividiendo su estudio por región, tipo de servicio, inversiones realizadas, entre otros. http://www.itu.int/ITU-D/ict/material/Telecom09_flyer.pdf

[3] Villoro Toranzo Miguel; *Introducción al estudio del Derecho*; 10 ed.; Ed. Porrua; México; 1993; pp. 127.

jurídica que no consigue eficacia ninguna en la realidad no puede ser considerada como verdadero derecho."[4]

Al extrapolar la pureza teórica descrita por el Maestro Villoro con la realidad de un área que por sus características propias ha sido regulada desde hace muchos años en nuestro país como una de las actividades rectoras del Estado, y la cual a la vez como veíamos transita vertiginosamente por los cambios propios que la rigen, la tarea de los juristas requiere de un trabajo puntual y profundo con miras a nivelar su rigidez normativa frente a su verdadera eficacia ante la realidad.

Es por ello que resulta imperativo el que cualquier persona estudiosa de la materia, y de manera particular, aquellas relacionadas con el sector de las telecomunicaciones, retomemos el estudio de las bases normativas que le dieron sustento a esta materia - en principio derivado de premisas constitucionales y posteriormente reflejado en ordenamientos secundarios -, para con ello prospectar a futuro nuevos escenarios que tengan como principio rector, la fuerza necesaria de un andamiaje jurídico sólido, acompañado de la suficiente flexibilidad para ajustarse a la realidad cambiante, propiciando con ello la certeza jurídica necesaria para un sector que es hoy en día puntero de lanza de nuestra economía nacional.

Si se entiende claramente el principio constitucional sobre el cual descansan ambos servicios (telecomunicaciones y radiodifusión), sería fácil prever los diferentes supuestos que pudiera generar la emisión de normativas sobre este tema, que en el peor de los casos, pudiera tener como resultado, lo sucedido en el pasado con la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y mediante la cual se declaró la invalidez parcial y total de diferentes supuestos normativos del Decreto mediante el cual se reformaron, derogaron y adicionaron diferentes artículos a la Ley Federal de Telecomunicaciones y a la Ley Federal de Radio y Televisión publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 2006.

Tener claridad en estos temas nos permitirá dilucidar de una manera responsable diferentes escenarios que han sido discutidos en diferentes periodos, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores. Permitirá desde el ámbito del Ejecutivo, en la medida de lo posible, dictar las normativas que se adecuen a la base constitucional, en aquellos casos en los cuales las leyes secundarias no prevean la regulación necesaria de diferentes supuestos, y que sea dable interpretarlos en la esfera del Ejecutivo.

A manera de ejemplo, entender lo anterior nos servirá además para darnos cuenta si se requiere que ambos sectores estén regulados en un mismo ordenamiento o en ordenamientos separados; si las características de ambos servicios por su antonomasia constitucional tienen que conservarse (como el principio de gratuidad en los servicios de radiodifusión), o si es necesario repensar su tratamiento; distinguir claramente las posibilidades tecnológicas de interacción entre redes, y diferenciarlas de aspectos relacionados con controles

[4] *Op. Cit.* pp. 51.

de participación y competencia económica; y, planificar adecuadamente el uso de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales, entre otros.

II.- Marco normativo vigente. Piedra angular para futuras normativas convergentes.

Para propios y extraños sigue resultando sorprendente el que la Constitución Política no regule de manera expresa a los servicios de telecomunicaciones, sino que su regulación derive de manera indirecta de una interpretación a modo de los artículos 27 y 28 Constitucional; y precisamos que para propios y extraños ello resulta sorprendente, toda vez que merced a las múltiples modificaciones que ha sufrido nuestra Carta Magna, es inexplicable que a la fecha no se haya incluido al sector de las telecomunicaciones como un sector que necesariamente requiera de una regulación puntual a nivel constitucional como sucede en el sector minero, el de los hidrocarburos, hidráulico, o energético, tan sólo por citar algunos.

Para aquéllos que desconozcan la base constitucional que regula a todo el sector de las telecomunicaciones, resulta obligado citar tres artículos de los cuales deviene, se insiste a interpretación a modo y no de manera precisa, la regulación del sector:

> ***"Artículo 25.-***
>
> *El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.*
>
> ***Artículo 27.-***
> *…*
>
> ***Corresponde a la Nación el dominio directo de*** *todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y* ***el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional*** (el resaltado es propio).

…

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes *…"* (el resaltado es propio).

Por su parte, el artículo 28 del mismo ordenamiento en su parte conducente establece lo siguiente:

"*Artículo 28.-*
…

La comunicación vía satélite *y los ferrocarriles* ***son áreas prioritarias*** *para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y* ***al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia*** (el resaltado es propio).

El Estado, sujetándose a las leyes, ***podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación,*** *salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público* (el resaltado es propio).

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.
…"

De los anteriores preceptos constitucionales se desprende lo siguiente:

1.- Se corrobora el hecho de que las telecomunicaciones no están reguladas de manera expresa en nuestra Carta Magna, sino que su regulación deriva de una interpretación integral que se da sobre los artículos transcritos.

2.- Que la regulación de las telecomunicaciones desde una base constitucional obedece a:

a).- El dominio directo de la Nación del espacio situado sobre el territorio nacional, en el cual como se verá más adelante se encuentra el espectro radioeléctrico;

b).- La posibilidad de aprovechar, usar o explotar dicho recurso (bien público) por los particulares, únicamente por medio de concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, sin precisar cuáles;

c).- La regulación particularmente de la comunicación vía satélite – no la totalidad de las telecomunicaciones – como área prioritaria para el desarrollo nacional;

d).- La posibilidad del Estado, en casos de interés general, de concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación;

3.- Que de acuerdo con lo anterior, existen a la luz de nuestra Carta Magna diferentes elementos que es preciso analizar con mayor precisión en el presente estudio como lo son: a).- El espacio aéreo; b).- El acto de concesionamiento; c).- Las áreas prioritarias; d).- Los bienes de dominio público; y, e).- Los servicios públicos, todo ello, a efecto de determinar con precisión las semejanzas y diferencias de los servicios de telecomunicaciones (*strictu sensu*) y de radiodifusión.

III.- Servicio Público y Bien del Dominio Público. Particularidades y diferencias.

Ahora bien, para profundizar en nuestro análisis, es pertinente señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al pronunciarse respecto de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, realizó un análisis minucioso y puntual respecto del acto de concesionamiento[5] del Estado, en relación a los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, al vincular su naturaleza con la del uso de un bien del dominio público, más que por el hecho de prestar servicios públicos.

Para justificar lo anterior, la Corte señaló que las leyes especiales de la materia regulan a los servicios tanto de telecomunicaciones como de radiodifusión, no como un servicio público sino como un servicio de interés público, según se

[5] En relación con el acto de concesionamiento la Corte señaló lo siguiente: (i) La concesión administrativa es el acto mediante el que el Estado concede a un particular la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público, pudiendo ser mixta cuando habla de ambas actividades; (ii) La concesión constituye un acto administrativo mixto, en el cual coexisten elementos reglamentarios y contractuales; (iii) El elemento reglamentario atiende a las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio o la explotación o aprovechamiento de los bienes, mismas que el Estado puede modificar sin el consentimiento del concesionario; (iv) El elemento contractual protege los intereses legítimos del concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por el Estado; atiende básicamente a las ventajas económicas que representan para el concesionario la garantía de sus inversiones y la posibilidad de mantener el equilibrio financiero; (v) Así, toda concesión como acto jurídico administrativo mixto, se encuentra sujeta a las modificaciones del orden jurídico que regulan al servicio público que debe prestarse o el bien público por explotar, al mismo tiempo que garantiza los intereses legítimos de los concesionarios.

advierte del contenido de los artículos 4º de la Ley Federal de Telecomunicaciones y 5º de la Ley Federal de Radio y Televisión a saber:

> ***"Artículo 4º.- La radio y la televisión constituyen una actividad de interés público,*** *por lo tanto el Estado deberá protegerla y vigilarla para el debido cumplimiento de su función social."*
>
> *"**Artículo 5º.-** Las vías generales de comunicación materia de esta Ley y los servicios que en ellas se presten son de jurisdicción federal.*
>
> *Para los efectos de esta Ley **se considera de interés público** la instalación, operación, y mantenimiento de cableado subterráneo y aéreo y equipo destinado **al servicio de las redes públicas de telecomunicaciones**, debiéndose cumplir las disposiciones estatales y municipales en materia de desarrollo urbano y protección ecológica aplicables."*

De acuerdo con el análisis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, *"se desprende de los artículos transcritos, que los servicios de radio y televisión se consideran como una actividad de interés público y, en general, se alude a las telecomunicaciones como un servicio de interés público, más no así como un servicio público."*[6]

Continua la Corte señalando: *"Se entienden entonces que las concesiones podrán otorgarse respecto a un servicio público o sobre un bien del dominio público, y que será mixta si involucra a ambos. Para la resolución de la presente acción es relevante el análisis del segundo supuesto, es decir, de la concesión sobre un bien del dominio público de la Federación, en virtud de que los servicios de telecomunicaciones y/o radiodifusión no son considerados en las leyes especiales que los regulan como un servicio público, según se advierte de los artículos 4 de la Ley Federal de Radio y Televisión y 5 de la Ley Federal de Telecomunicaciones…"*[7]

Atento a lo anterior, la Corte se limitó (sin realizar un análisis más profundo) a analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las diversas disposiciones que fueron impugnadas en el Decreto del 14 de abril de 2006, bajo el tratamiento de bienes del dominio público, y no como servicios públicos.

A este respecto es oportuno precisar desde este momento que si bien el espectro radioeléctrico indudablemente debe ser considerado como un bien del dominio público, es menester señalar que no todos los servicios de telecomunicaciones hacen uso del mismo, particularmente aquellos que por su naturaleza son alámbricos. Así, en el caso de servicios de telecomunicaciones como la televisión por cable, o la telefonía fija en su modelo original, son servicios que no hacen uso del espectro radioeléctrico, pero que prestan servicios que en principio, y desde los primeros ordenamientos que los regularon, les daban el tratamiento de servicios públicos.

---

[6] *Ibid, Op. Cit. pp. 378.*
[7] *Ibid, Op. Cit. pp. 378.*

En este sentido, la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1940, de manera expresa señala en su artículo 7º lo siguiente:

> *"**Artículo 7º.-** Las vías generales de comunicación, **los servicios públicos que en ellas se establezcan**, los capitales y empréstitos empleados en ellos, las acciones, bonos y obligaciones emitidos por las empresas, no podrán ser objeto de contribuciones de los Estados, Departamentos del Distrito Federal o municipios."*

Recordemos de igual forma que la Ley de Vías Generales de Comunicación es supletoria por disposición de Ley, tanto de la Ley Federal de Telecomunicaciones, como de la Ley Federal de Radio y Televisión.[8] Cuando ambos ordenamientos fueron emitidos, previeron en sendos artículos transitorios la derogación expresa de todas aquéllas disposiciones que se opusieran a las mismas[9], sin embargo, el artículo 7º de la Ley de Vías sigue vigente y el mismo sirve como referente claro y preciso para entender que la explotación de los servicios de radiodifusión o de telecomunicaciones no únicamente se da en función del bien del dominio público que se utiliza (espectro radioeléctrico), sino que en principio se trata de servicios públicos por disposición expresa en términos de Ley.

Con independencia del análisis somero que la Corte realizó sobre este tema al momento de pronunciarse sobre la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, es de vital importancia que en el presente estudio se analice, como se ha mencionado, la base normativa de los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, y de los cuales podemos ir señalando que en principio se trata de servicios públicos, que si bien en algunos casos emplean bienes del dominio público cuando se concede el uso y explotación temporal de una porción del espectro radioeléctrico, no por ello debe desatenderse su naturaleza de servicios públicos.

Lo anterior, se insiste, es de vital importancia si se analiza de manera conjunta con el contenido de la porción normativa del artículo 28 constitucional antes señalado, que establece en su parte conducente que: "*El Estado, sujetándose a las leyes, **podrá en casos de interés general, concesionar la prestación***

---

[8] El artículo 7-A de la Ley Federal de Radio y Televisión establece en su fracción II, que será supletoria de ésta, la Ley de Vías Generales de Comunicación. Por su parte el artículo 8 de la Ley Federal de Telecomunicaciones establece en su fracción I, que a falta de disposición expresa en dicha Ley, resultará aplicable la Ley de Vías Generales de Comunicación.

[9] El artículo 2º Transitorio de la Ley Federal de Radio y Televisión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1960 establecía lo siguiente: Artículo 2o.- Se deroga el capítulo sexto del libro quinto de la Ley de Vías Generales de Comunicación, con excepción de lo relativo a instalaciones de aficionados, consignado en su artículo 406. Se derogan también todas aquellas disposiciones que se opongan a la presente ley. Por su parte, la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de junio de 1995, establecía en su artículo Segundo Transitorio lo siguiente: SEGUNDO. Se derogan: I.- Las fracciones IX y X del artículo 1o.; la fracción IV del artículo 9o.; los párrafos segundo y tercero del artículo 11o.; 106; y los artículos 374 a 377; 390; 392 a 402 y 579; de la Ley de Vías Generales de Comunicación; II.- La fracción VI del artículo 5o. de la Ley de Inversión Extranjera, y III.- Todas aquellas disposiciones que se opongan a la presente Ley.

de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, *salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público."*

Partiendo de lo anterior, vinculado con el contenido del artículo 7º de la Ley de Vías Generales de Comunicaciones, resulta innegable que nos encontramos ante la presencia de servicios públicos, que de igual forma, en algunos casos como se ha señalado, hacen uso de un bien de dominio de la Federación, por lo cual en todo caso nos encontraríamos en presencia de concesiones mixtas como lo apuntó la Corte.

Desde nuestro punto de vista, la Corte fue omisa al interpretar el contenido tanto de la Ley Federal de Radio y Televisión, como de la Ley Federal de Telecomunicaciones al momento de verificar si de su objeto se desprendía la regulación de un servicio público o de un bien del dominio público, calificando *a priori* su exclusión de uno frente a otro, cuando como se ha justificado, pudiera tratarse de ambos casos.

Tampoco es dable generar una diferencia entre *servicios de interés público* y *servicios públicos* cuando la propia Constitución en su artículo 28 señala que *podrá en casos de* ***interés general****, concesionar la prestación de* ***servicios públicos*** *o la explotación, uso y aprovechamiento de* ***bienes de dominio*** *de la Federación.* Es decir, el interés público o general reconocido por nuestra Carta Magna tiene por efecto concesionar la prestación de servicios públicos o de bienes de dominio público, sin que exista otra variante relacionada con *servicios de interés público*, en el entendido de que todo servicio público por antonomasia constitucional responde a una necesidad de interés general.

De hecho, los únicos artículos que la Corte analizó para fundar su análisis lo fueron el 4º y 5º de las Leyes Federales de Radio y Televisión, y de Telecomunicaciones respectivamente, ambos citados con anterioridad. Sin embargo, no puede pasar desapercibido que existen otros preceptos que evidencian su sustento normativo como el de un servicio público, más que como el de un bien de dominio público, situación ésta última que como ya hemos hecho referencia, tampoco es cuestionable ya que emana de su propia base constitucional.

A manera de ejemplo, es importante destacar lo que se establece en el artículo 2º de la Ley Federal de Radio y Televisión, y al cual nos estaremos refiriendo más adelante para desmenuzar las características específicas que la Ley le atribuye al servicio de radiodifusión:

> **"*Artículo 2o.*** *La presente Ley es de orden público y tiene por objeto* ***regular el servicio de radiodifusión****.*
>
> ***El servicio de radiodifusión*** *es aquél que se presta mediante la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las*

bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuido por el Estado precisamente a tal servicio; con el que la población puede recibir de manera directa y gratuita las señales de su emisor utilizando los dispositivos idóneos para ello.

El uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico ***para prestar el servicio de radiodifusión sólo podrá hacerse previos concesión o permiso*** *que el Ejecutivo Federal otorgue en los términos de la presente ley.*

Para los efectos de la presente ley, ***se entiende por radio y televisión al servicio de radiodifusión.”*** (El resaltado es propio).

En términos similares a lo que establece el artículo 7º de la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Ley Federal de Telecomunicaciones establece en la primera parte de su artículo 5º lo siguiente:

“***Artículo 5. Las vías generales de comunicación materia de esta Ley y los servicios que en ellas se presten*** *son de jurisdicción federal…”* (el resaltado es propio).

Después de las múltiples referencias que se han hecho al término *servicio público*, es oportuno referir su definición y características.

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el *servicio público* debe ser entendido como la *“Institución jurídico-administrativa en la que el titular es el Estado y cuya única finalidad consiste en satisfacer de una manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental; se concreta a través de prestaciones individualizadas las cuales podrán ser suministradas directamente por el Estado o por los particulares mediante concesión. Por su naturaleza, estará siempre sujeta a normas y principios de derecho público.”*[10]

En el mismo sentido, en dicha fuente se refieren las características particulares de los servicios públicos en los siguientes términos: *“son creados y organizados por el Estado mediante leyes emanadas del Poder Legislativo, deben ser continuos, uniformes, regulares y permanentes; suponen siempre una obra de interés general oponiéndose al particular; satisfacen necesidades materiales, económicas, de seguridad y culturales; pueden ser gratuitos o lucrativos. Varían de acuerdo con la evolución natural de la vida humana y las circunstancias de oportunidad política, espacio temporales, de ambiente o climatológicas.”*[11]

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, podemos señalar hasta el momento lo siguiente:

---

[10] *Servicio Público* en: Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Ed. Porrua; México; 2005; pp. 3453

[11] *Ibid, Op. Cit. pp. 3454.*

1.- Tanto el servicio de radiodifusión regulado por la Ley Federal de Radio y Televisión de 1960, como los servicios de telecomunicaciones regulados en la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995, deben ser considerados por principio de cuentas como servicios públicos, de conformidad con lo descrito por el artículo 28 de nuestra Carta Magna.

2.- En el artículo 28 constitucional no se establece la figura de *servicios de interés público*, sino de *servicios públicos* y de *bienes del dominio de la Federación*, en el entendido de que el acto de concesionamiento a cargo del Estado sobre éstos dos últimos, obedece precisamente en todo momento a cuestiones de interés general o público.

3.- En segundo lugar, es importante señalar que dichos servicios tuvieron como primer referente normativo posterior a la Constitución de 1917, la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1940 que de manera expresa regulaba a las vías generales de comunicación y a los servicios que en ella se prestan, por lo cual existe una referencia específica en relación a servicios, con independencia del bien de dominio público que en uno u otro caso sea explotado tanto para servicios de telecomunicaciones, como de radiodifusión.

4.- Con posterioridad, el mismo tratamiento siguió dándose en la Ley Federal de Telecomunicaciones, al señalarse expresamente en su artículo 5º que la materia de la misma descansaba en la regulación de diversas vías generales de comunicación, y por extensión, a la prestación de los servicios que en las mismas se prestan. En el mismo sentido la Ley Federal de Radio y Televisión hace alusión por principio de cuentas a la prestación de un servicio, denominado particularmente en términos de Ley como “servicio de radiodifusión”.

5.- Atento a lo anterior, es dable entender por principio de cuentas que las Leyes Federales de Radio y Televisión, y de Telecomunicaciones regulan servicios públicos, cuyo uso, aprovechamiento y explotación en términos del artículo 28 Constitucional, sólo puede realizarse mediante concesión o permiso que otorgue el Ejecutivo Federal.

6.- El Estado en esa función rectora y en términos del mismo artículo 28 Constitucional, tiene como obligación principal el definir en sus leyes las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes.

7.- Partiendo de la base de que en ambos casos se trata de servicios públicos, no es óbice señalar que además de ello, ambos servicios se prestan mediante el uso, aprovechamiento y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, uso que como se desprende de la base Constitucional prevista en el artículo 28 constitucional debe obedecer a un fin social.

8.- El calificar tanto a los servicios de telecomunicaciones como de radiodifusión como servicios públicos, por principio de cuentas y con independencia de que en algunos casos exploten o hagan uso del espectro

radioeléctrico, obedece principalmente al hecho de que en aquellos casos en los cuales no se utilicen bienes del dominio público como sucede en algunos servicios de telecomunicaciones, no pierdan su carácter de servicios públicos, con independencia de no hacer uso de un bien del dominio público.

9.- La importancia de atribuirles a ambos el carácter de servicios públicos permite establecer un común denominador para su regulación posterior, en la cual no es dable distinguirlos por la función social que supuestamente los diferencia, ya que como se señalaba, la utilización social les es común a ambos de acuerdo con su raíz constitucional establecida en el artículo 28 Constitucional.

10.- Atendiendo a todo lo anteriormente expuesto, podemos colegir que el análisis de la Suprema Corte de Justicia en relación con la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 únicamente se realizó atendiendo a la explotación de un bien del dominio público, siendo omiso su tratamiento en lo tocante a la naturaleza de servicio público que les es común y afín tanto a los servicios de telecomunicaciones como de radiodifusión.

11.- Finalmente es dable señalar que en los casos en los cuales se prestan servicios de telecomunicaciones sin hacer uso de bienes del dominio público, se trata por antonomasia de servicios públicos al poderse prestar exclusivamente mediante concesión que al efecto otorgue el Estado.

IV.- Bases normativas secundarias. Ley Federal de Radio y Televisión de 1960 y Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995.

Ahora bien, ya que hemos analizado las bases Constitucionales y normativas de las que parte la regulación de ambos servicios, es oportuno analizar los ordenamientos secundarios que las regulan para poder encontrar sus principales diferencias.

Al tener un diagnóstico integral de sus semejanzas y diferencias, podremos construir en prospectiva un modelo convergente que tome como punto de referencia en primer lugar, sus identidades normativas como el hilo conductor que los vinculará y regulará; y en segundo lugar, establecer las restricciones necesarias en función de las diferencias regulatorias que guardan entre ellos.

Con la finalidad de recapitular en torno a las semejanzas antes analizadas, podemos señalar que los cuatro elementos básicos que vinculan tanto a los servicios de telecomunicaciones como de radiodifusión son los siguientes:

1.- En ambos casos, se trata de servicios públicos que se prestan por medio de vías generales de comunicación.

2.- En ambos casos, los servicios prestados al tener el carácter de públicos se prestan en función del interés general o público, por lo cual requieren de concesión o permiso otorgado por el Ejecutivo Federal.

3.- En ambos casos, se utilizan y explotan bienes de dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, salvo en algunos servicios públicos de telecomunicaciones que no requieren el uso del mismo.

4.- En ambos casos, cuando el Estado otorgue el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico como bien del dominio de la Federación, siempre se hará atendiendo a una utilización o función social.

Expuesto lo anterior, empezaremos por señalar que la principal diferencia general existente entre los servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión consiste en que su regulación se da en dos ordenamientos diferentes. Aun cuando su antecedente y primer base normativa los regulaba de manera conjunta, en la actualidad su regulación está prevista por una parte en la Ley Federal de Radio y Televisión de 1960, y por otra, en la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995.

En segundo lugar podemos señalar que si bien no se trata de una diferencia propiamente dicha, se ha tratado de concederle al servicio de radiodifusión una naturaleza, finalidad y propósitos de carácter social que aparentemente lo diferencian de los servicios de telecomunicaciones.

Lo anterior, merced a lo dispuesto en los artículos 4º y 5º de la Ley Federal de Radio y Televisión que de manera expresa establecen lo siguiente:

> ***"Artículo 4o.-*** *La radio y la televisión constituyen una actividad de interés público, por lo tanto el Estado deberá protegerla y vigilarla para el debido* ***cumplimiento de su función social."***
>
> ***"Artículo 5o.-*** *La radio y la televisión****, tienen la función social*** *de contribuir al fortalecimiento de la integración nacional y el mejoramiento de las formas de convivencia humana…"*

Del primer artículo podemos señalar, como ya se expresaba con anterioridad, que aun cuando la Ley Federal de Radio y Televisión haya establecido que la radio y la televisión es una actividad de interés público, ello únicamente refleja el principio constitucional del artículo 28 Constitucional y denota la característica principal que se les atribuye a los servicios públicos en atención a la satisfacción de un interés general, a diferencia de cualquier otro servicio que únicamente se presta en función de intereses particulares.

De acuerdo a lo anterior, se considera que aun cuando la Ley Federal de Radio y Televisión replique ese principio, ello no puede representar una diferencia frente a los servicios de telecomunicaciones cuya utilización también obedece a una finalidad social en consonancia con el propio precepto constitucional.

Es importante resaltar lo anterior, ya que si bien en la práctica la radio y la televisión, como se verá más adelante, se presta de manera gratuita y directa, de dichas características no puede inferirse su carácter social, ni mucho menos referir por el contrario el hecho de que al recibirse el pago de una contraprestación por parte de los usuarios por la prestación de los servicios de

telecomunicaciones, se trate de servicios que no obedecen a una función social. En ese sentido, se insiste en que ambos servicios se prestan en estricto apego a un principio de interés público y función social de acuerdo con su base constitucional.

Si la función social prevista en la Ley Federal de Radio y Televisión no puede ser considerada como una diferencia de los servicios de radiodifusión frente a los de telecomunicaciones, por el contrario, lo que sí refleja sus principales diferencias lo encontramos al tenor de lo expuesto en el artículo 2º del ordenamiento antes mencionado.

En la parte conducente del artículo que nos interesa se señala que el servicio de radiodifusión es aquél que: *se presta mediante la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuido por el Estado precisamente a tal servicio; con el que la población puede recibir de manera directa y gratuita las señales de su emisor utilizando los dispositivos idóneos para ello.*

De lo anterior se desprenden los elementos y características que *posiblemente* van a diferenciar al servicio de radiodifusión en lo particular y ya no en lo general, frente a los servicios de telecomunicaciones de acuerdo con el siguiente análisis:

a).- El servicio de radiodifusión se presta mediante la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuido por el Estado precisamente a tal servicio.

Como veremos más adelante, existen otros servicios de telecomunicaciones que también se caracterizan por la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, como de hecho sucede en algunos servicios de televisión restringida inalámbricos como el DTH satelital o las microondas en MMDS.

La diferencia principal radica en que las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico que se utilizan para prestar servicios de radiodifusión se encuentran previstas en esos términos en las bandas de VHF y UHF del Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, cuya última actualización se realizó en el año 2009 por parte de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Es importante detenernos en esta parte para precisar que de acuerdo con el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, en la Banda 8[12] de VHF (Very

[12] El Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias 2009 incluye 12 bandas de frecuencias que en su conjunto conforman el “espectro electromagnético”. Las bandas 1, 2, 3 y parte de la 4, incluyen frecuencias que son perceptibles por el oído humano y que no forman parte del “espectro radioeléctrico”, espectro éste último diferente al “espectro electromagnético”. El “espectro radioeléctrico” propiamente dicho, lo conforman parte de la banda 4 (VLF), la banda 5

High Frequency), entre los 76 Mhz a los 88 Mhz, se encuentran comprendidos los canales 5 y 6 de televisión radiodifundida, y en la misma porción se encuentran otros servicios de telecomunicaciones fijo y móvil, por lo cual en esta porción nos encontramos en presencia de una banda compartida a título primario para servicios de radiodifusión de televisión, y a título secundario para servicios de telecomunicaciones fijo y móvil.[13]

En la misma banda 8 de VHF pero sin ser una porción de frecuencias compartida, encontramos en el rango de los 88 Mhz a 108 Mhz a los servicios de radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM).

Por último, en esta misma banda 8 de VHF encontramos en la porción de frecuencias de 174 Mhz a 216 Mhz a los canales de televisión 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13, compartidos con otros servicios de telecomunicaciones fijo y móvil a título secundario.

Los demás canales de televisión se encuentran a título secundario en la banda 9 de UHF (Ultra High Frequency) en las siguientes porciones de frecuencias:

1.- De los 470 a los 512 Mhz.- los canales 14 al 20 de radiodifusión de televisión, compartidos con servicios de telecomunicaciones fijo y móvil a título primario.

2.- De los 512 Mhz a los 608 Mhz.- los canales 21 al 36 de radiodifusión de televisión, compartidos con servicios de telecomunicaciones fijo y móvil a título primario.

3.- De los 614 a los 698 Mhz.- los canales 38 al 51 de radiodifusión de televisión, compartidos con otros servicios de telecomunicaciones fijo y móvil a título primario.

4.- De los 698 Mhz a los 806 Mhz.- los canales 52 al 69 de de radiodifusión de televisión, compartido con otros servicios de telecomunicaciones fijo y móvil a título primario. Esta banda es la que se conoce como banda de 700 Mhz, y la cual se pretenda liberar de los servicios de radiodifusión, para licitarse en su integridad para servicios de telecomunicaciones.

Lo anterior se puede ejemplificar gráficamente de la siguiente forma:

(LF), la banda 6 (MF), la banda 7 (HF), la banda 8 (VHF), la banda 9 (UHF), la banda 10 (SHF), la banda 11 (EHF) y una parte de la banda 12 de rayos infrarrojos.

[13] De acuerdo con la Unión Internacional de Telecomunicaciones y atendiendo a lo dispuesto en diferentes Tratados Internacionales, la protección que los Estados miembros deben de dar a sus frecuencias se clasifica a título primario y secundario. En el primer caso, los servicios prestados contarán con protección contra interferencias perjudiciales, en tanto que los servicios a título secundario son servicios cuyas estaciones radioeléctricas no deben causar interferencia perjudicial a las estaciones de un servicio a título primario, ni pueden reclamar protección contra interferencias perjudiciales causadas por estaciones de un servicio a título primario; sin embargo, tienen derecho a la protección contra interferencias perjudiciales causadas por estaciones del mismo servicio a titulo secundario o de otro servicio a título secundario a los que se asignen frecuencias posteriormente.

<table>
<tr><th colspan="4">BANDA VHF</th><th colspan="4">BANDA UHF</th></tr>
<tr><th>TIPO DE USO</th><th>76-88 Mhz</th><th>88- 108 Mhz</th><th>174-216 Mhz</th><th>470-512 Mhz</th><th>512-608 Mhz</th><th>614- 698 Mhz</th><th>698- 806 Mhz (Banda 700)</th></tr>
<tr><td>USO PRIMARIO</td><td>Canales 5 y 6 de televisión</td><td rowspan="3">Servicios de Radiodifusión Sonora en Frecuencia Modulada (FM)</td><td>Canales 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de televisión</td><td>Fijo</td><td>Fijo</td><td>Fijo</td><td>Fijo</td></tr>
<tr><td rowspan="2">USO SECUNDARIO</td><td>Fijo</td><td>Fijo</td><td>Móvil</td><td>Móvil</td><td>Móvil</td><td>Móvil</td></tr>
<tr><td>Móvil</td><td>Móvil</td><td>Canales de televisión 14 al 20.</td><td>Canales de televisión 21 al 36.</td><td>Canales de Televisión 38 al 51.</td><td>Canales de Televisión 52 al 69.</td></tr>
</table>

El anterior gráfico da cuenta de la forma en la cual en nuestro país se encuentran divididas las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para servicios de radiodifusión (FM y televisión), pudiendo identificar las porciones que refieren su uso a título primario o secundario con otros servicios de telecomunicaciones. Se hace la aclaración que el espectro asignado para las estaciones de radio en amplitud modulada (AM), se encuentra alocado en la banda 6 de MF (Medium Frequency) que va de los 525 a los 1705 kHz.

De lo anterior, que si bien se pueda identificar con toda claridad las bandas de frecuencias atribuidas al servicio de radiodifusión, también nos encontramos en que en muchas de dichas porciones de frecuencias también se encuentran alocados otros servicios de telecomunicaciones fijos y móviles, los cuales de hecho en algunos casos se encuentran a título primario como en el caso de la conocida Banda de 700 (698 a 806 Mhz), la cual como se desprende del cuadro referido, se encuentra compartida a título primario para servicios de telecomunicaciones fijo y móvil, y a título secundario para servicios de radiodifusión televisiva en los canales 52 al 69.

A efecto de ir esbozando el escenario en prospectiva materia del presente estudio, es conveniente apuntar desde este momento que la propia forma en la cual se encuentra estructurado en la actualidad el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (por lo menos en lo que respecta a las porciones de frecuencias que se han referido), trae como consecuencia el que se pueda pensar sin lugar a dudas en que haciendo uso de esas porciones de frecuencias, y atendiendo a los adelantos tecnológicos que se vayan presentando, nada obsta para que eventualmente se pueda hacer uso de la porción concesionada o permisionada para prestar servicios de telecomunicaciones o de radiodifusión según sea el caso, sin que ello implique un cambio de frecuencias, sino únicamente la variación en el uso que con anterioridad se había autorizado.

b).- Continuando con las características del servicio de radiodifusión establecidas en la Ley Federal de Radio y Televisión, el segundo elemento a analizar lo constituye el hecho de que dicho servicio pueda ser recibido de manera directa.

Sobre el particular, cabe señalar que dicha característica únicamente puede ser analizada desde el punto de vista técnico, toda vez que de acuerdo con el análisis jurídico que se pueda realizar del mismo, nada lo podría definir mejor que bajo la óptica de su análisis técnico.

En ese sentido, debemos entender que el servicio se recibe de manera directa cuando entre el emisor y el receptor no media ningún obstáculo para su libre recepción. A lo anterior habrá de añadirse el momento en que se recibe la señal, teniendo que ser de manera inmediata y sin diferencia de tiempos con respecto del momento en que la señal es radiodifundida y recibida al mismo momento por los usuarios que se encuentren comprendidos dentro de la misma zona de cobertura.

Algunos servicios de telecomunicaciones pueden compartir también esta característica, pero debemos de aclarar que la misma más bien se encuentra implícita en exclusiva para los servicios de radiodifusión. De hecho cuando se habla de un programa en vivo, la inmediatez con la que se recibe la señal es una de las características particulares del servicio de radiodifusión. La inmediatez en la recepción de las señales es entonces una característica generalizada en los servicios de radiodifusión, la cual también puede ser compartida por algunos servicios de telecomunicaciones, pero no necesariamente se da como una regla.

c).- El tercer elemento particular del servicio de radiodifusión lo constituye la gratuidad en su recepción. Esta es la característica más importante y la única que realmente lo diferencia del resto de los servicios de telecomunicaciones.

Como ya se apuntaba al momento en que se analizó el tema de los servicios públicos, éstos se caracterizan principalmente porque el Estado como rector de una actividad de vital importancia para la sociedad tiene la posibilidad, además de prestarlo por sí mismo, por medio de los particulares, para lo cual es necesario sujetarse a las reglas de concesionamiento que derivan de la propia Constitución.

En ese mismo sentido, señalábamos que al ser los servicios públicos los que satisfacían las necesidades de una colectividad, éstos se podían prestar a cambio de una contraprestación por parte de los ciudadanos a los cuales se les brindara el servicio, pero también podían prestarse a título gratuito. En la especie, los servicios de radiodifusión son servicios públicos que además de utilizar un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, su prestación se da sin ningún contenido económico y de forma gratuita.

Lo anterior, se insiste, no obedece a la función social que algunos pretenden dar en exclusiva a los servicios de radiodifusión tratando de desconocer a la vez el contenido social de los servicios de telecomunicaciones. Como ya se

señaló, el contenido social les es aplicable a los dos servicios de conformidad con el artículo 28 constitucional que establece que la utilización "social" de los bienes dominio de la Federación es un factor clave a ser vigilado por parte del Estado, a la vez que se garantice la prestación eficiente de los servicios concesionados.

De acuerdo a lo expuesto, podemos colegir que la gratuidad de los servicios de radiodifusión no deriva en exclusiva de la función social de éstos, sino que dicha característica puede ser justificada a la luz de la finalidad que perseguía el legislador y el Estado en su conjunto, al momento de autorizar la prestación de este tipo de servicios a los particulares. No pasa desapercibido el hecho de que en algunos países como en Inglaterra, la prestación de servicios de radiodifusión se da como resultado del pago de una contraprestación que los particulares tienen que realizar para la recepción del mismo.

En el caso de nuestro país y toda vez que en términos de Ley la gratuidad es un requisito *sine qua non* para que el servicio de radiodifusión pueda tener ese carácter, huelga decir que dicha característica es entonces la diferencia más sustantiva frente a los servicios de telecomunicaciones, los cuales en su totalidad son prestados a cambio de una contraprestación por parte de los usuarios de los servicios.

Desde nuestro punto de vista, la gratuidad como característica toral de la naturaleza jurídica de los servicios de radiodifusión es un elemento que debe conservarse atendiendo, no a la función social de dicho servicio como ya se ha mencionado, sino de acuerdo con otras premisas que se sustentan en el derecho a la información como principio Constitucional.

No obstante lo anterior, nada obsta en separar al servicio principal de radiodifusión en diferentes subtipos de servicios como adicionales o asociados. Como es sabido, en el caso de los servicios de telecomunicaciones el Estado concesiona la explotación de un servicio principal como la telefonía local fija o móvil, existiendo a la par de ese servicio principal, diferentes servicios de valor agregado que también se pueden autorizar de manera adicional al servicio principal, y sobre los cuales el concesionario puede cobrar una cantidad determinada al usuario final.

En el caso de los servicios de radiodifusión, en la Ley Federal de Radio y Televisión no se establece la figura de servicios asociados o adicionales al servicio de radiodifusión, sin embargo, en la Política de Televisión Digital Terrestre publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de julio de 2004, se incluyó una mención hecha a servicios asociados o adicionales al servicio de radiodifusión, al señalarse que uno de los objetivos de la Política lo era alentar la incorporación y el desarrollo de nuevos servicios digitales, tanto asociados como adicionales a la televisión digital terrestre, sin que ello afectara la calidad del servicio principal.[14]

[14] Acuerdo por el que se Adopta el Estándar Tecnológico de Televisión Digital Terrestre y se Establece la Política para la Transición a la Televisión Digital Terrestre en México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de julio de 2004.

Como se desprende de lo anterior, existen algunos visos que permiten por una parte referir con claridad cuáles son los servicios principales en materia de radiodifusión, los cuales desde nuestro punto de vista siempre deberán de tener el carácter de gratuitos, y por otra parte, los servicios adicionales o asociados a los servicios principales, mismos que tendrán que definirse en algún ordenamiento, y sobre los cuales los concesionarios podrán requerir a los usuarios finales un cobro, en función siempre de su prestación eficiente.

Dejemos constancia entonces hasta este momento que, la gratuidad es el único elemento que diferencia a los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, a la luz de un análisis constitucional y normativo de los ordenamientos que los regulan.

d).- El último elemento que integra las características de los servicios de radiodifusión, hace referencia a los dispositivos idóneos para recibir las señales radiodifundidas en las bandas de frecuencias atribuidas a dicho servicio, de manera directa y gratuita.

Sobre el particular, es necesario señalar que tendrá el carácter de idóneo cualquier dispositivo que por sus propias características pueda recibir las señales de radiodifusión, pudiendo ser a nuestros días no únicamente los aparatos de radio y televisión convencionales, sino también por medio de sofisticados dispositivos de telecomunicaciones como los teléfonos móviles, que están habilitados para recibir tanto señales radiadas de bandas de frecuencias de telecomunicaciones, como señales radiodifundidas de radio o televisión.

De acuerdo a todo lo anteriormente expuesto, en esta segunda etapa podemos colegir que los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión comparten en su esencia y estructura, la misma base constitucional y normativa. De manera clara, sólo pueden ser diferenciados por una característica que no podría ser el obstáculo perene para negar su integración en un esquema convergente, y la cual se refiere únicamente a la gratuidad en la prestación de los servicios de radiodifusión.

Si lo anterior es así, valdría la pena cuestionarnos las razones y motivos que a la fecha han subsistido para impedir la estructura de un modelo convergente en materia de telecomunicaciones y radiodifusión en nuestro país.
Partiendo de lo anterior, iniciaremos señalando que el 11 de abril de 2006 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto mediante el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión.

En la parte que nos interesa, se incluyeron los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, que dicho sea de paso, fueron los únicos sobre los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación declararía más de un año después su invalidez total, no así en tratándose de otros artículos cuya invalidez sólo fue parcial.

Para tener una mayor comprensión de lo que establecían los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, a continuación se hace una transcripción de los mismos para mejor proveer:

> ***"Artículo 28.*** *Los concesionarios que deseen prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión a través de las bandas de frecuencias concesionadas deberán presentar solicitud a la Secretaría.*
>
> *Para tal efecto, la Secretaría podrá requerir el pago de una contraprestación, cuyo monto se determinará tomando en cuenta la amplitud de la banda del espectro radioeléctrico en la que se prestarán los servicios de telecomunicaciones adicionales a los de radiodifusión, la cobertura geográfica que utilizará el concesionario para proveer el nuevo servicio y el pago que hayan realizado otros concesionarios en la obtención de bandas de frecuencias para usos similares, en los términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones.*
>
> *En el mismo acto administrativo por el que la Secretaría autorice los servicios de telecomunicaciones, otorgará título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, a que se refieren las fracciones I y II, respectivamente, del artículo 11 de la Ley Federal de Telecomunicaciones. Estos títulos sustituirán la concesión a que se refiere el artículo 21 de la presente Ley.*
>
> *Los concesionarios a quienes se hubiese otorgado la autorización a que se refiere este artículo deberán observar lo siguiente:*
>
> ***I.*** *Las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico y los servicios de telecomunicaciones que se presten en ellas, se regirán por las disposiciones aplicables en materia de telecomunicaciones;*
>
> ***II.*** *El servicio de radiodifusión se regirá por las disposiciones de la presente ley, en lo que no se oponga a la Ley Federal de Telecomunicaciones."*
>
> ***"Artículo 28-A.*** *La Secretaría emitirá disposiciones administrativas de carácter general para fines de lo previsto en el artículo 28 de esta ley atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:*
>
> ***I.*** *El uso eficiente del espectro radioeléctrico y de la infraestructura existente;*
>
> ***II.*** *La promoción de la competitividad, diversidad, calidad y mejores precios de los servicios, y*
>
> ***III.*** *El impulso de la penetración y cobertura de servicios.*

La Secretaría vigilará que no se afecten en forma alguna los servicios de radiodifusión, ni la implantación futura de la digitalización de los propios servicios."

En los artículos antes transcritos encontramos el primer antecedente en nuestro derecho positivo mexicano sobre una regulación que permitía un modelo convergente entre servicios de telecomunicaciones y radiodifusión a nivel de Ley, con independencia de que hubieran existido otros acuerdos administrativos que precisamente trataran el tema de esquemas convergentes, como es el caso del *"Acuerdo de convergencia de servicios fijos de telefonía local y televisión y/o audio restringidos, que se proporcionan a través de redes públicas alámbricas e inalámbricas",* del cual se abundará más adelante.[15]

Como se desprende del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, los concesionarios de radiodifusión, fuera ésta sonora o televisiva, tenían la prerrogativa de prestar servicios de telecomunicaciones adicionalmente a los servicios de radiodifusión que tenían concesionados, siempre y cuando, utilizaran las mismas bandas de frecuencias concesionadas, es decir, no hubieran podido prestarse servicios de telecomunicaciones en bandas de frecuencias distintas a las atribuidas al servicio de radiodifusión, lo cual en principio se veía complicado atendiendo a la naturaleza y características propias de algunas de las bandas atribuidas al servicio de radiodifusión.

Con independencia de lo anterior, los concesionarios de radiodifusión que hubieran deseado prestar servicios adicionales de telecomunicaciones en sus mismas bandas de frecuencias, tenían entre otras cuestiones que pagar una contraprestación económica al Estado, la cual hubiera sido fijada por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Contra la publicación del Decreto del 11 de abril de 2006, el 4 de mayo de 2006, un grupo de Senadores de la Quincuagésima Novena Legislatura del H. Congreso de la Unión, promovieron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación una Acción de Inconstitucionalidad en contra de dicho Decreto, por considerar que él mismo contravenía diferentes preceptos constitucionales.

De acuerdo a lo anterior, mediante resolución de fecha 7 de junio de 2007, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto del mismo año, la Corte se pronunció sobre los diferentes conceptos de invalidez hechos valer.

En lo que atañe a la discusión de los artículos 28 y 28-A (primeros precedentes a nivel de ley que hablan de esquemas convergentes), la Suprema Corte de

[15] El 3 de octubre de 2006, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el *Acuerdo de convergencia de servicios fijos de telefonía local y televisión y/o audio restringidos, que se proporcionan a través de redes públicas alámbricas e inalámbricas*, mediante el cual se autoriza a los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones que presten servicios fijos, a prestar servicios adicionales de telefonía local o de televisión y/o audio restringidos, estableciendo la adición a los títulos de concesión respectivo, mediante el pago de una contraprestación, fijada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a propuesta de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.

Justicia de la Nación resolvió declarar la invalidez total de dichos preceptos por las siguientes razones:[16]

a).- No se justifica el trato privilegiado que se da a los concesionarios de radiodifusión, al permitirles acceder a concesiones de servicios de telecomunicaciones sin sujetarlos al procedimiento de licitación, lo cual constituye un trato privilegiado frente a los permisionarios de radiodifusión, los concesionarios de telecomunicaciones y terceros interesados de una nueva concesión.

b).- La vulneración al principio de igualdad, se corrobora si se considera que en los Dictámenes de las Cámaras de Origen y Revisora se alude a que la convergencia exige el establecimiento de reglas uniformes en la prestación de los servicios adicionales o asociados que las emisoras estarán en posibilidad de prestar y que todos los prestadores de servicios deberán ser tratados bajo el mismo régimen jurídico para que puedan prestar al mismo tiempo diversos servicio, lo que evidentemente se contradice con el establecimiento del régimen de privilegio y de preferencia para los concesionarios de radiodifusión que se establece en el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

c).- El artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión violenta los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, al contradecir la rectoría económica del Estado, ya que propicia la concentración en manos de los concesionarios de radiodifusión, sobre los concesionarios de servicios de telecomunicaciones, pues debe tomarse en cuenta que es un hecho notorio que los actuales concesionarios de servicios de radiodifusión tienen un poder sustancial en el mercado de la radio y televisión abiertas, por lo que el otorgamiento de mayores privilegios para la obtención de concesiones en materia de telecomunicaciones, implicaría la traslación de su posición preponderante en su mercado, al segmento de los servicios de telecomunicaciones, provocándose así que las actividades tanto de radiodifusión como de servicios adicionales de telecomunicaciones se concentren en unos cuantos actores económicos.

d).- No se establece como obligatorio el pago de una contraprestación por los servicios adicionales de telecomunicaciones que se autorice prestar a los concesionarios de radiodifusión, ya que del contenido del artículo 28 se desprende que la Secretaría "*podrá*" requerir el pago de la contraprestación, quedando a su arbitrio dicha determinación.

No obstante lo anterior, la propia Corte reconoció en la Acción de Inconstitucionalidad lo siguiente: *"es cierto que la convergencia tecnológica lleva a la utilización más eficiente del espectro radioeléctrico al permitirse la prestación de diversos servicios, compatibles entre sí, a través de las mismas bandas de frecuencias, lo que se logra a través del avance tecnológico que*

[16] Apartado IV, del Décimo Quinto Considerando, relativo a la Inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión. En: Sentencia relativa a la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 promovida por los Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2007.

implica la digitalización de la televisión y la radio, razón por la cual tal convergencia ha sido materia de recomendación internacional ***y se ajusta plenamente a nuestro orden constitucional.****"* (el resaltado es propio).[17]

De conformidad con lo anterior, es la propia Corte quien señala los principios que se deben de cubrir para establecer un esquema convergente que cumpla con los supuestos de ley. En este sentido, en la resolución se precisó que: *"… las concesiones que otorga el Estado mexicano sobre el espacio radioeléctrico, no suponen la autorización para su uso indiscriminado o indistinto, sino que en todos los casos, dicha concesión está vinculada con un uso determinado y específico que se hace constar en el título respectivo que al respecto se expide y cuyo cumplimiento acarrea sanciones para el concesionario, llegando a provocar la revocación de la concesión otorgada."*[18]

La Corte no ahonda más en relación al tema de la Convergencia, pero es importante señalar que aún cuando no se pronunció respecto del Acuerdo de convergencia publicado el 3 de octubre de 2006, si se infieren grandes diferencias respectó de éste, y la forma en la cual se redactó el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, por lo cual en principio se puede señalar que el Acuerdo tiene plena vigencia, precisando la Corte del mismo lo siguiente:[19]

a).- El Acuerdo autoriza a los concesionarios de bandas de frecuencias para uso determinado, concretamente a los de telefonía local fija, televisión y/o audio restringidos, para que presten servicios adicionales al que tenían especificado en su título de concesión, con la modificación que ello implica, toda vez que la concesión sobre una frecuencia del espectro radioeléctrico se encuentra indisolublemente asociada al uso específico y determinado para el que fue otorgada.

b).- Los beneficiados mediante el Acuerdo (concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones), a diferencia de lo que sucede con los concesionarios de radiodifusión al amparo del artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, no podrían acceder a la prestación de servicios de radiodifusión sin que mediará un proceso de licitación, ni mucho menos mediante el otorgamiento de una simple autorización administrativa.

c).- En el Acuerdo se establece expresamente el pago de una contraprestación por la modificación del título de concesión de banda de frecuencias para uso determinado, conforme al artículo 14 de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en tanto que en el ahora declarado invalido artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión, se establece la contraprestación como una mera posibilidad, por lo que existe el trato diferenciado entre uno y otro sector.

A manera de resumen e infiriendo el posicionamiento de la Corte respecto de este tema, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

---

[17] *Ibid Op. Cit.*
[18] *Ibid Op. Cit.*
[19] *Ibid Op. Cit.*

1.- Para que los concesionarios de radiodifusión o de telecomunicaciones puedan prestar los servicios de unos u otros, es necesario que el Estado reciba el pago de una contraprestación, la cual no puede ser una facultad potestativa o estar al arbitrio de la autoridad administrativa, sino que se tienen que integrar como elemento para su autorización formal.

2.- En el mismo sentido, en el supuesto de que los títulos de concesión sólo contemplen la prestación de servicios de telecomunicaciones por un lado, o radiodifusión por el otro (como sucede a la fecha en todos los casos), para acceder a la prestación de otros servicios en bandas de frecuencias distintas, es necesario que el concesionario acceda a la utilización de las mismas mediante licitación pública.

3.- Atendiendo a lo anterior, es importante mencionar que no todos los servicios de radiodifusión que se prestan haciendo uso de bandas de frecuencias atribuidas a tal servicio tienen características exclusivas a las del servicio de radiodifusión.

De acuerdo con los últimos avances tecnológicos en la materia, es posible prestar servicios en las mismas bandas de frecuencias de radiodifusión que por su naturaleza y características (bidireccionalidad, posibilidad de cobro por servicio, acceso remoto y almacenamiento) pueden encuadrarse más como servicios de telecomunicaciones que de radiodifusión, para lo cual el único elemento a analizar lo será la gratuidad en su prestación.

4.- Para que la autoridad pueda conceder el uso, aprovechamiento y explotación de diferentes servicios en un esquema convergente, además de lo expuesto en los numerales anteriores, es necesario que se solicite la modificación del título de permiso o concesión según corresponda, en el entendido de que es en dicho documento en donde consta de manera indubitable el tipo de servicio que fue autorizado primigeniamente por el Estado, y el cual será adicionado mediante otros servicios, que como se señaló, no implican la autorización de bandas de frecuencias diferentes a las originalmente otorgadas.

5.- Finalmente, es de vital importancia señalar que el ordenamiento jurídico que establezca la posibilidad de un mecanismo convergente, sea mediante Acuerdo del Ejecutivo o una promulgación de Ley como en el caso analizado, se establezca un trato igualitario entre todos los actores involucrados, particularmente en relación a los concesionarios de telecomunicaciones, frente a los concesionarios y permisionarios de radiodifusión, y con ello garantizar su acceso en igualdad de circunstancias.

Al momento en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la constitucionalidad de los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, su análisis tuvo como principales premisas las desigualdades que se generaban en el mercado al establecer un esquema que, ciertamente y por una deficiencia legislativa, únicamente beneficiaba al sector de los concesionarios de radiodifusión.

A efecto de que existiera certeza jurídica sobre el título que iba a normar a la concesión en caso de que se autorizaran los servicios adicionales, la Secretaría otorgaría un título de red pública en términos de la Ley Federal de Telecomunicaciones, y otro para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en territorio nacional, y el cual incluiría tanto a las bandas de servicios de radiodifusión como de telecomunicaciones.

Como ya fue señalado, la Corte declaró la invalidez total de los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, atendiendo básicamente al acceso discriminatorio de dicho modelo únicamente para los concesionarios de radiodifusión, merced del resultado legislativo que únicamente incluyó dicho mecanismo a favor de los primeros y en detrimento de los concesionarios de telecomunicaciones y los permisionarios de radiodifusión.

Con independencia de que la Corte declaró la invalidez de los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, de una manera incomprensible y sin pronunciarse al respecto (no obstante haber sido también materia de la Acción de Inconstitucionalidad)[20], dejó subsistente el artículo 13 de la Ley Federal de Telecomunicaciones que de manera expresa establece lo siguiente:

> ***"Artículo 13.*** *El servicio de radiodifusión, incluyendo el otorgamiento, prórroga, terminación de concesiones, permisos y asignaciones, para usar, aprovechar y explotar bandas de frecuencias atribuidas a tal servicio, se sujetará a lo dispuesto por la Ley Federal de Radio y Televisión.*
>
> *Los servicios de telecomunicaciones que se presten a través de las bandas de frecuencias atribuidas a los servicios de radiodifusión se regirán por lo dispuesto en la presente Ley*."

Como se podrá observar, dicho artículo reproduce el mecanismo que se encontraba previsto en los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, a efecto de que los concesionarios de radio y televisión puedan prestar servicios de telecomunicaciones. Sin entrar al estudio de fondo de la contrariedad que implica el tener dicho artículo en nuestro derecho positivo, huelga decir que lo idóneo hubiera sido que en este artículo se hubiera reflejado, no el mismo principio de los artículos declarados inválidos en la Ley Federal de Radio y Televisión, sino la posibilidad de que los concesionarios de telecomunicaciones pudieran prestar servicios de radiodifusión en las mismas bandas de frecuencias que tuvieran concesionadas, y con ello establecer un mecanismo igualitario entre concesionarios de radiodifusión y de telecomunicaciones.

---

[20] En el recurso de Acción de Inconstitucionalidad presentado por los Senadores de la Quincuagésima Novena Legislatura del H. Congreso de la Unión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su apartado III, denominado *"Normas Generales cuya invalidez se reclama y medio oficial en que fueron publicadas"*, se señalan de las Ley Federal de Telecomunicaciones los siguientes artículos: 3º, fracciones XV y XVI, 9-A, 9-B, 9-C, 9-D, 9-E, 13, 64 y 65, así como los artículos Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto Transitorios.

Lo anterior hubiera permitido establecer condiciones no discriminatorias en el acceso del esquema convergente tanto para concesionarios de telecomunicaciones, como de radiodifusión. Lo segundo que se hubiera tenido que hacer, era permitir a los permisionarios de radiodifusión poder acceder a un esquema idéntico del establecido para concesionarios de la misma materia, lo cual se hubiera subsanado de haberse incluido en el artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

Habrá de reiterarse entonces que el esquema de convergencia fue validado por la Corte, al considerar que el mismo conlleva a la utilización más eficiente del espectro radioeléctrico al permitirse la prestación de diversos servicios compatibles entre sí, a través de las mismas bandas de frecuencias, por lo cual se ajusta plenamente a nuestro orden constitucional.

Un tema que finalmente es importante separar de nuestro estudio y de cualquier análisis que en concreto pretenda establecer las bases para un modelo convergente, lo constituyen las restricciones que en lo particular ya existen en materia de competencia económica.

Abundando en ello, es de vital importancia separar y no confundir las restricciones que tendrán ciertos concesionarios para poder acceder a un esquema de participación en convergencia, tomando en cuenta el poder sustancial que pueda tener en el mercado relevante de que se trate.

Se insiste en que el esquema de convergencia nada tiene que ver con cuestiones inherentes a competencia económica, toda vez que las reglas de competencia resultan aplicables para este tipo de integraciones, como para otras, dentro de las que podemos señalar a manera de ejemplo: una solicitud de cesión de derechos de una concesión, el registro de una compra venta de acciones de una empresa concesionaria a otra concesionaria, o el otorgamiento de nuevas concesiones, entre otros.

En todo caso, en el esquema de convergencia que se pretenda utilizar, se podría establecer una cláusula o condición que dispusiera que en todos los casos se requerirá del visto bueno de la Comisión Federal de Competencia, a efecto de determinar si un sujeto regulado tiene viabilidad en términos de su participación en el mercado relevante para poder prestar otro tipo de servicios bajo un esquema convergente.

V.- Neutralidad Tecnología. Principio rector del marco normativo de las telecomunicaciones.

Con el paso del tiempo, los estudiosos de la materia de otros países, tanto en ciencias jurídicas como económicas, han llegado a construir diferentes principios rectores que han servido de referente al momento de construir políticas públicas y normativas en torno al sector de las telecomunicaciones. A manera de ejemplo, desde hace muchos años se habla del famoso principio de *neutralidad tecnológica* que debe regir al desarrollo de las telecomunicaciones.

Existen muchas definiciones que han pretendido explicar dicho principio. Se citan aquí algunas de las más importantes y otras descripciones que describen su complejidad y tratamiento:

Para el estudioso argentino Alberto Soto "*el diccionario de la Real Academia Española, dice que neutral es "quien no participa de ninguna de las opciones en conflicto." En el ámbito legislativo ese concepto intenta que una ley no sea obsoleta en forma rápida, quedando "atada" a una tecnología determinada, pero que a su vez brinde transparencia.*"[21]

En términos similares, el mexicano Alejandro Pisanty considera que "*neutralidad tecnológica es la condición en que una acción, definición, ley, estándar, etc., no se formula de tal manera que sesgue todas las decisiones subsecuentes a favor de una tecnología en particular, entre aquéllas capaces de resolver el problema.*"[22]

En la opinión del escocés Andrés Guadmuz en el marco de la Unión Europea, el principio se da en dos formas. Primero, *la UE no debe legislar ni regular a favor de ciertas tecnologías*. El otro es que la nueva legislación intentará no referirse a tecnologías específicas.[23]

Finalmente para el Colombiano Nelson Remolina "*la neutralidad tecnológica reconoce algo evidente: la tecnología cambia constantemente. Si la ley se "casa" con una tecnología en particular muy seguramente la norma quedará obsoleta rápidamente.*"[24]

Si bien existe un sólido tratamiento respecto de los aspectos flexibles que deben ceñir al desarrollo del sector, existen por otro lado otros postulados que se inclinan por señalar que el Estado en todo momento debe de ser el garante de las actividades que como ésta, no pueden dejarse al libre arbitrio de las decisiones de mercado, por ser actividades que se consideran – como en el caso de México – estratégicas para el desarrollo del país.

De esa forma, las posturas a la fecha se inclinan por: (i) entender por una parte a los avances tecnológicos como un desarrollo natural que debiera ser poco o nulamente regulado, y esperar a que el principio de *neutralidad tecnológica*, sea lo que marque la pauta a los Estados para garantizar su eficiente prestación; y (ii) por otro lado, existen las posturas que se inclinan por señalar que el Estado en todo momento debe de ser quien establezca los ejes rectores, forma, términos y demás modalidades bajo los cuales se presten los servicios de telecomunicaciones, sean éstos de telecomunicaciones (strictu sensu) o de radiodifusión.

---

[21] *Neutralidad Tecnológica*. Boletín de Resúmenes de Discusiones: Colaboradores Alfa- Redi; Alfa-Redi, Revista de Derecho Informático; en: http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/374d0ee90831e4ebaa1def162fa50747/Neutralidad_Tecnologica.pdf
[22] *Op. Cit.*
[23] *Op. Cit.*
[24] *Op. Cit.*

Al tenor de los anteriores posturas y con independencia de las directrices que en cada sexenio las administraciones deseen tomar dependiendo de las particularidades de sus planes sectoriales, en nuestro país existe una asignatura pendiente, o por decir lo menos, no estudiada a fondo, consistente en el análisis minucioso a la luz la ciencia jurídica de las bases normativas del sector de las telecomunicaciones y la radiodifusión, para arribar al siguiente nivel de conceptualización derivado de su inminente convergencia.

VI.- Convergencia. Estatus obligado en todos los modelos de desarrollo.

En mi tesis de licenciatura denominada *"Las grandes deficiencias de la legislación mexicana en materia de telecomunicaciones, a la luz de las tendencias y necesidades actuales"*[25], al realizar el estudio conceptual del término *convergencia,* señalábamos que ésta debía ser considerada como un proceso evolutivo, constantemente cambiante y acorde a las necesidades de la sociedad en cada época.

Hacíamos también mención al Libro Verde en materia de convergencia publicado por la Comisión Europea en el año 1997, en el cual se definía a la convergencia como: "*la capacidad de diferentes plataformas de red para transportar diferentes tipos de servicios; y, la aproximación al usuario de diferentes dispositivos de consumo tales como el teléfono, la televisión y la computadora.*"[26]

Apuntábamos de igual forma que de acuerdo con la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la convergencia se entendía como: "*la provisión de servicios digitales (voz, datos y vídeo) por un mismo medio sobre la infraestructura ya existente."* Se destacaba el hecho de que gracias a la digitalización, los sectores que antes se encontraban separados como el de las telecomunicaciones y la radiodifusión (no tanto así el de la informática que incide en ambos), ahora podían por medio de sus propias infraestructuras proveer los servicios del otro y viceversa.[27]

Finalmente se hacía una clara diferencia de los diferentes planos conceptuales por los que se puede estudiar al fenómeno de la convergencia, y resaltábamos su clasificación en tres tipos a saber:

a.- Convergencia Tecnológica.- la digitalización[28] es el elemento clave de la convergencia tecnológica.
b.- Convergencia de Capital.- se da mediante la interacción de las diferentes empresas que se encuentran posicionadas en uno o más niveles de la cadena de valor (telecomunicaciones y radiodifusión).

---

[25] Hernández Maya, Felipe Alfonso; *"Las grandes deficiencias de la legislación mexicana en materia de telecomunicaciones, a la luz de las tendencias y necesidades actuales"*; Universidad Iberoamericana; México, D.F.; 2002.
[26] *Op. Cit. pp. 231.*
[27] *Op. Cit. pp. 232.*
[28] La digitalización permite manejar de forma única toda clase de fuentes de información independientemente de que en su origen sea audio, video o datos. Al digitalizar la información toda se concibe en bits con independencia del servicio de que se trate.

c.- Convergencia Regulatoria.- de acuerdo con el Libro Verde de la Comunidad Europea la regulación debe limitarse a lo estrictamente necesario. Se tiene que introducir progresivamente un nuevo modelo regulatorio que incluya tanto a los servicios ya existentes como a los nuevos.

Es en este último tipo de convergencia en el que nos hemos detenido en el presente estudio, con la finalidad de prospectar diferentes tipos de escenarios, tomando como referencia la base constitucional y de normativas secundarias que regulan al sector.

Con base en lo analizado, no existe duda de que se puede construir un modelo sólido en su andamiaje jurídico, pero que a su vez incluya un modelo lo suficientemente flexible atendiendo al dinamismo del sector.

Resulta por demás ocioso analizar con mayor detalle el tema de la convergencia tecnológica, en el entendido de que es sencillo comprender que mediante la digitalización de las redes de telecomunicaciones y las estaciones de radiodifusión, la información puede ser compartida con independencia de la naturaleza jurídica de los prestadores de servicio.

Quizás valga la pena tan sólo señalar que a la fecha se han desarrollado diferentes estándares tecnológicos que permiten precisamente garantizar la mejor operabilidad entre plataformas que antes se manejaban de manera separada, y que hoy en día mediante el proceso de convergencia pueden compartir servicios entre ellas; tomando en cuenta de manera adicional como ya fue señalado, que en algunas porciones de frecuencias del espectro radioeléctrico se pueden prestar ambos servicios de acuerdo con el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias.

Es al amparo de los estándares internacionales y de los avances tecnológicos en el uso eficiente de frecuencias, que el Estado mexicano, y en particular la Comisión Federal de Telecomunicaciones, tiene la obligación de prospectar conjuntamente con la academia y cualquier persona interesada en la materia los mejores escenarios que permitan un desarrollo óptimo del sector para nuestro país.

VII.- Conclusiones.

a).- No puede implementarse en nuestro sistema jurídico mexicano ningún esquema convergente para servicios de telecomunicaciones o radiodifusión, sin antes haber realizado un análisis minucioso de las bases constitucionales que regulan a ambos servicios, y proceder en consecuencia a analizar su viabilidad constitucional de la mano de la normatividad secundaria existente.

b).- Atendiendo a diferentes principios y recomendaciones internacionales, y tomando en cuenta el cambio dinámico y constante del sector de las telecomunicaciones, es conveniente establecer normativas que tengan como premisa la neutralidad tecnológica en un esquema convergente.

c).- El principio de neutralidad tecnológica no contraviene ninguna premisa de carácter constitucional. La rectoría del Estado en materia de telecomunicaciones y radiodifusión deriva de los artículos 25, 27 y 28 Constitucionales, en los cuales se prevé la posibilidad de concesionar servicios públicos y bienes del dominio de la Federación a los particulares, atendiendo a las reglas que fijen las leyes de la materia, las cuales tampoco prohíben la posibilidad de establecer este tipo de esquemas.

d).- Los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión comparten la misma estructura normativa de origen de conformidad con los artículos 25, 27 y 28 de nuestra Carta Magna, compartiendo de igual forma su carácter en principio de servicios públicos, y en segundo lugar y no en todos los casos, haciendo uso, aprovechamiento y explotación de un bien del dominio público como lo es el espectro radioeléctrico, por lo cual nada obsta para establecer en un solo ordenamiento la forma y términos de su regulación.

e).- La única diferencia normativa a la luz de un análisis constitucional y de la normatividad secundaria entre los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, lo constituye el principio de gratuidad que rige a los primeros; diferencia que no es atribuible a la función social de los servicios de radiodifusión, ya que dicha característica les es aplicable también a los servicios de telecomunicaciones según se desprende del artículo 28 constitucional.

f).- La convergencia tecnológica es un fenómeno incuestionable a nuestros días. La convergencia regulatoria en nuestro país tiene que desarrollarse tomando como referencia el acceso igualitario de todos los actores involucrados, y con ello evitar fenómenos de exclusión como sucedió en el modelo previsto en los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, hoy declarados inválidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y en los cuales sólo se posibilitaba a los concesionarios de radiodifusión acceder a dicho esquema convergente.

g).- En caso de establecer un esquema convergente entre servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, sea por conducto del Poder Legislativo o en la esfera competencial del Ejecutivo, es importante distinguir aquéllos servicios que tendrán el carácter de principales, de lo que tendrán un tratamiento de servicios adicionales o asociados a los principales. Lo anterior permitirá eventualmente analizar la posibilidad de establecer un cobro a los usuarios finales de servicios adicionales o asociados al servicio principal de radiodifusión.

h).- De conformidad con el antecedente sentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, el Estado deberá establecer expresamente el pago de una contraprestación al momento de autorizar la prestación de servicios adicionales al principal, sean estos de telecomunicaciones o de radiodifusión, el cual no amparara el empleo de frecuencias adicionales a las originalmente concesionadas o permisionadas.

i).- De acuerdo con la misma Corte, la adopción de algún esquema convergente en nuestro derecho positivo, deberá circunscribirse a la utilización de las bandas de frecuencias que originalmente tienen concesionadas o permisionadas los interesados, en el entendido de que el uso de otras bandas de frecuencias se tiene que realizar mediante el acto de concesionamiento respectivo, el cual de acuerdo con la Ley Federal de Radio y Televisión, y la Ley Federal de Telecomunicaciones, sólo es dable atender mediante licitación pública.

j).- En el caso de nuevos operadores, el Estado podrá en el mismo acto administrativo y mediante licitación pública, autorizar el uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para prestar tanto servicios de telecomunicaciones como de radiodifusión, de conformidad con las restricciones que al efecto se prevean en materia de competencia económica.

k).- Las restricciones de participación en materia de competencia económica para los actuales participantes en el sector o para nuevos actores, no debe confundirse con la posibilidad regulatoria y normativa para diseñar e integrar un esquema convergente. En todo caso, quien desee acceder a dicho mecanismo, tendrá que cumplir de manera separada con las reglas que en materia de competencia económica establezcan la Ley de la materia.